F R E I H E I T U N D I N D I V I D U A L I T Ä T R I C H T E R L I C H E R E N T S C H E I D U N G S - F I N D U N G

- dargestellt insbesondere anhand der Konkretisierung der Gleichberechtigung durch die Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

H e r i b e r t S c h m i d t - C a r r é

aus Essen

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547208_0016

F R E I H E I T U N D I N D I V I D U A L I T Ä T R I C H T E R L I C H E R E N T S C H E I D U N G S - F I N D U N G

- dargestellt insbesondere anhand der Konkretisierung der Gleichberechtigung durch die Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

H e r i b e r t S c h m i d t - C a r r é

aus Essen

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Prof. Dr. A. Heldrich
Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. W. Krawietz
Dekan: Prof. Dr. N. Achterberg

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Februar 1977

Gliederung

A. Einleitung 1

B. Die auf Art. 3 II, 117 GG beruhende Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 3

I. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG 3

1. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Art. 117 GG durch einige Gerichte 3

2. Die Bejahung der Verfassungsmäßigkeit des Art. 117 GG durch das Bundesverfassungsgericht 5

3. Die Situation der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 6

II. Analyse der Schwerpunkte der auf den Art. 3 II, 117 GG basierenden Rechtsprechung vom 1.4.1953 bis zum 30.6. 1958 im Bereich des Bürgerlichen Gesetzbuches 7

1. Die Rechtsprechung zu § 1300 BGB 7

a) Überblick 8

b) Spektrum der Argumente zu § 1300 BGB 10

aa) Die Literatur 10

bb) Der Gesetzgeber 12

cc) Weitere Entscheidungshilfen 12

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 12

aa) Die Gruppe der zehn veröffentlichten Urteile, in denen die Fortgeltung des § 1300 BGB bejaht wurde 13

bb) Die Gruppe der die Fortgeltung des § 1300 BGB verneinenden drei veröffentlichten Urteile 18

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 20

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1300 BGB 21

2. Die Rechtsprechung zu § 1354 BGB 23

a) Überblick 23

b) Spektrum der Argumente 24

aa) Die Literatur 24

bb) Der Gesetzgeber 26

cc) Weitere Entscheidungshilfen 29

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 30

aa) Die Gruppe der sieben die Fortgeltung des § 1354 BGB verneinenden Entscheidungen 30

bb) Das abweichende Urteil des LG Duisburg 30

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 31

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1354 BGB 31

3. Die Rechtsprechung zu § 1355 BGB 32

a) Überblick 32

b) Spektrum der Argumente zu § 1355 BGB 33

aa) Die Literatur 33

bb) Der Gesetzgeber 35

cc) Weitere Entscheidungshilfen 37

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 37

aa) Die Gruppe der neun veröffentlichen, die Fortgeltung des § 1355 BGB bejahenden Entscheidungen 37

bb) Das abweichende Urteil des VG Frankfurt 42

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 42

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1355 BGB 42

4. Die Rechtsprechung zu § 1357 I BGB 43

a) Überblick 44

b) Spektrum der Argumente zu § 1357 I BGB 45

aa) Die Literatur 45
bb) Der Gesetzgeber 47
cc) Weitere Entscheidungshilfen 49
c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 49
aa) Die zwei die Fortgeltung des § 1357 I BGB bejahenden Entscheidungen 50
bb) Die Gruppe der vier Entscheidungen, die den § 1357 I BGB jedenfalls weiterhin auf die Ehefrau anwendeten und im übrigen die Streitfrage offen lassen konnten 51
cc) Die sieben Entscheidungen, die den § 1357 I BGB auf den Ehemann ausdehnten und eine gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten vertraten 52
d) Das Selbstverständnis der Gerichte 53
e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1357 I BGB 54
5. Die Rechtsprechung zu § 1357 II BGB 55
a) Überblick 56
b) Spektrum der Argumente zu § 1357 II BGB 56
aa) Die Literatur 57
bb) Der Gesetzgeber 57
c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 58
aa) Zum Fortbestand des Rechts der Beschränkung und Entziehung der Schlüsselgewalt 59
bb) Zur Frage der vorzeitigen Einschaltung des Vormundschaftsgerichts 59
d) Das Selbstverständnis der Gerichte 61
e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1357 II BGB 61
6. Die Rechtsprechung zu § 1360 BGB 63
a) Überblick 63
b) Spektrum der Argumente zu § 1360 BGB 66

aa) Die Literatur 66
bb) Der Gesetzgeber 68
cc) Weitere Entscheidungshilfen 72

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 72

aa) Die Gruppe der vier Entscheidungen, die den § 1360 I BGB auf beide Ehegatten ausdehnen wollten 72
bb) Die Gruppe der sieben Entscheidungen, in denen die Frage, ob § 1360 I oder II BGB zu verallgemeinern war, irrelevant war 74
cc) Die zwei Entscheidungen, in denen eine Verallgemeinerung des § 1360 II BGB vertreten wurde 75

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 75

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1360 BGB 76

7. Die Rechtsprechung zu § 1361 BGB 77

a) Überblick 78

b) Spektrum der Argumente zu § 1361 BGB 81

aa) Die Literatur 81
bb) Der Gesetzgeber 82

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 83

aa) Die Gruppe der Entscheidungen, in denen die Ehefrau bei Erziehung von Kindern oder Erwerbsunfähigkeit jedenfalls einen Unterhaltsanspruch durchsetzen konnte 83
bb) Die Entscheidungen, in denen im Grundsatz vom Fortbestand der gegenseitigen Unterhaltspflicht bei Trennung ausgegangen wurde 86
cc) Die Gruppe der Entscheidungen, die im Grundsatz den Fortfall der Unterhaltspflichten bei Getrenntleben der Ehegatten enthielten 88

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 89

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1361 BGB 90

8. Die Rechtsprechung zum gesetzlichen Güterstand, §§ 1363 ff. 92

a) Überblick 92

b) Spektrum der Argumente zum gesetzlichen Güterrecht, §§ 1363 ff. BGB 97

aa) Die Literatur 97

bb) Der Gesetzgeber 100

cc) Weitere Entscheidungshilfen 106

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 107

aa) Die Gruppe der drei Entscheidungen, die im Grundsatz am alten gesetzlichen Güterstand festhielten 107

bb) Die Gruppe der übrigen Gerichte, die alle jedenfalls den Fortfall des alten gesetzlichen Güterstandes annahmen 108

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 112

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zum gesetzlichen Güterrecht, §§ 1363 ff. BGB 113

9. Die Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten bei gesetzlichem Güterstand, § 1387 BGB 114

a) Überblick 115

b) Spektrum der Argumente zur Prozeßkostenvorschußpflicht, § 1387 BGB 122

aa) Die Literatur 122

bb) Der Gesetzgeber 126

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 127

aa) Die Gruppe der siebenundvierzig die Prozeßkostenvorschußpflicht bejahenden Entscheidungen 127

bb) Die sechzehn veröffentlichten, die Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten grundsätzlich verneinenden Entscheidungen 139

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 145

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht, § 1387 BGB 147

10. Die Rechtsprechung zu § 1606 BGB 151

a) Überblick 152

b) Spektrum der Argumente zu § 1606 BGB 154

aa) Die Literatur 154

bb) Der Gesetzgeber 157

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 159

aa) Die Gruppe der zehn Entscheidungen, wonach die Eltern als Gesamtschuldner, aber beschränkt nach ihrer Leistungsfähigkeit gemäß § 1603 BGB a.F. hafteten 159

bb) Die zwei Entscheidungen, die eine Gesamtschuld ohne Modifikation im Außenverhältnis durch § 1603 BGB a.F. vertraten 161

cc) Das Urteil des LSozG Schleswig vom 28.11.1956 162

dd) In der Frage der Fortgeltung des § 1606 BGB offengebliebene Entscheidungen 162

ee) Die Gruppe der vier Entscheidungen, in denen eine Haftung der Eltern zu gleichen Teilen vertreten wurde 163

ff) Die Gruppe der fünf Entscheidungen, die eine anteilige Haftung der Eltern als Einzelschuldner nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit, der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse unter Anrechnung der Personensorge befürworteten 166

gg) Die drei Entscheidungen, die bereits den § 1606 III 1 GlbG anwandten 168

d) Das Selbstverständnis der Gerichte 169

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1606 BGB 170

III. Zusammenfassung zur Analyse der Rechtsprechung 172

1. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Zeitraum vom 1.4.1953 bis zum 17.6.1957, dem Tag vor der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes durch den Bundestag 172

2. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Zeitraum vom 18.6.1957 bis zum 30.6.1958 173

3. BGH-Urteile 175

4. Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung 178

C. Typen richterlicher Rechtsbildung 190

I. Gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung anhand höherrangigen Rechts 190

1. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm und ihre eventuelle Verwerfung als verfassungswidrig 190

2. Die Auffindung neuen Rechts durch die Gerichte 192

3. Sonstige Rechtsumbildungen aus höherrangigem Recht 195

a) Die Rechtsprechung zum "allgemeinen Persönlichkeitsrecht" 195

b) Die Rechtsprechung zu § 50 II ZPO 197

II. Gesetzesvertretende richterliche Rechtsbildung ohne konkreten Ausgangspunkt in höherrangigem Recht 199

1. Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Verwaltungsrecht 200

2. Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Arbeitsrecht 207

3. Die gesetzesvertretende Rechtsbildung im Strafverfahrensrecht 212

4. Gesetzesvertretendes richterliches Strafzumessungsrecht 214

a) Die Praxis der Strafzumessung 215

b) Richterrecht 216

5. Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Steuerrecht 218

a) Methodische Parallelen und Besonderheiten 219

b) Die Verwaltungspraxis im Steuerrecht 223

c) Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Steuerrecht 224

III. Gesetzesausfüllende richterliche Rechtsbildung 226

1. Rechtsprechung zu § 138 BGB 228

2. Rechtsprechung zu § 134 BGB 229

3. Rechtsprechung zur polizeirechtlichen Generalklausel 230

4. Rechtsprechung zu § 360 I Nr. 11 StGB a.F. 232

5. Rechtsprechung zu § 826 BGB 233

IV. Gesetzesverdrängende Rechtsbildung ohne konkreten Ausgangspunkt in höherrangigem Recht 235

1. Rechtsprechung im Steuerrecht 235

2. Die Rechtsprechung zum nicht rechtsfähigen Verein 237

D. Aktuelle Parallelen zu Art. 117 GG 238

E. Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Rechtsbildung 240

I. Gesetzesverdrängende Rechtsbildung anhand höherrangigen Rechts 241

1. Die Bindung an "Gesetz und Recht" gemäß Art. 20 III GG 242

2. Die Gewaltenteilung gemäß Art. 20 II 2 GG 246

3. Die Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 IV GG 250

4. Die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gemäß Art. 1 III GG 253

5. Die Verwerfungskompetenz der Rechtsprechung gemäß Art. 100 I GG 255

II. Gesetzesvertretende Rechtsbildung ohne konkreten Ansatz in höherrangigem Recht 260

III. Die verfassungsrechtliche Lage hinsichtlich der gesetzesausfüllenden Rechtsbildung 263

IV. Die verfassungsrechtliche Legitimation zur gesetzesverdrängenden richterlichen Rechtsbildung ohne konkreten Ansatz in höherrangigem Recht 265

1. Art. 20 III GG und Rechtstheorie 265

2. Art. 20 III GG und Hermeneutik 273

F. Das Selbstverständnis der Gerichte in der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG 294

G. Systemimmanente Vielgestaltigkeit der Rechtsprechung 298

H. Schlußbetrachtung 302

A. Einleitung

Rechtsprechung findet in weiten Bereichen deutscher Gerichtsbarkeit anhand von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen statt.

Dem einzelnen Richter bieten sich Möglichkeiten der Rechtsbildung ohne Modifizierung des positiven Rechts durch die Gesetzgebungskörperschaften. Diese Entscheidungsfreiheit läßt sich in der Fragestellung problematisieren, wo die Grenze richterlicher Rechtsbildung vor allem im Verhältnis zu den Funktionen der Gesetzgebungskörperschaften liegt.

Die Frage hat ihren Bezug u.a. in den Darlegungen Küblers[1] und Diederichsens[2], die übereinstimmend die Gesetzgebungskörperschaften in vielen Bereichen für überfordert und unfähig halten, Lebenssachverhalte langfristig in die Zukunft hinein durchzunormieren. Diese Ansicht muß zur Ausweitung richterlicher Rechtsetzung führen.

Eine ähnliche Tendenz enthält die Meinung Rasehorns[3], der Richter könne nicht auf den Gesetzgeber warten. Die Gesetze enthielten ohnedies nur Leitlinien. Diese der Freirechtslehre der Jahrhundertwende ähnlichen Formulierungen stellen vollends die Gerichte in den Mittelpunkt der Rechtsentwicklung.

Anhand der auf der Generalklausel des Art. 3 II GG basierenden Rechtsprechung vom 1.4.1953 bis 30.6.1958, die u.a. Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches, vor allem des vierten Buches umbildete und ergänzt durch weitere Rechtsprechungsbeispiele aus anderen Rechtsbereichen, soll untersucht werden, wie die deutschen Gerichte einen weitgespannten Bereich umfassender Rechtsumbildung bewältigt haben.

---

1 Kübler, Kodifizierung, S. 651.

2 Diederichsen, S. 25 ff.

3 Nach Fröder in FAZ v. 24.6.1972, S. 2: "Die Kollegen sehen ihn auf gefährlichen Abwegen".

Kriterien werden dabei das methodische Vorgehen, das Selbstverständnis bei der Entscheidungsfindung und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sein. Daran anschließend wird zu erörtern sein, welche Grenzen richterliche Rechtsbildung hat, wobei die aus der Untersuchung der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG möglichen Rückschlüsse einzubeziehen sein werden.

B. Die auf den Art. 3 II, 117 GG beruhende Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958

Gegenstand der folgenden Darstellung sind Schwerpunkte der oben genannten Rechtsprechung

in den Rechtsbeziehungen der Ehegatten untereinander, namentlich im Unterhaltsrecht und Güterrecht,

in Fragen der Personensorge,

und im Unterhaltsrecht des ehelichen Kindes.

I. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG

Die unmittelbare Geltung der Art. 3 II, 117 GG war zunächst umstritten. Dieser Meinungsstreit ist hier kurz darzustellen, weil sich in seinem Zentrum ein wesentlicher Ansatzpunkt dieser Arbeit wiederfindet.

1. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Art. 117 GG durch einige Gerichte

Das OLG Frankfurt[1] hielt Art. 117 GG in seiner Entscheidung vom 22.4.1953 für eine verfassungswidrige Verfassungsnorm, da die Vorschrift gegen die übergreifenden Verfassungsprinzipien der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung verstoße. Der Verfassungsgesetzgeber habe ein ungenütztes Verstreichen der Frist des Art. 117 GG nur als theoretische Möglichkeit gesehen. Die seit dem 1.4.1953 drohende Rechtsunsicherheit durch widersprüchliche Entscheidungen und der Vertrauensschwund in der Öffentlichkeit gegenüber der staatlichen Gewalt angesichts einer heillos zerstritte-

---

1 in NJW 1953, 746.

nen Rechtsprechung lasse einen Aufschub der unmittelbaren Geltung der Art. 3 II, 117 GG als das kleinere zweier Übel erscheinen. Ferner verletze Art. 117 GG die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung[1]. Daß die Verwirklichung des Art. 3 II GG nach Meinung des Verfassungsgesetzgebers als ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers anzusehen sei, lasse bereits Art. 117 GG erkennen. Ferner verlange die Verwirklichung des Art. 3 II GG eine rechtsgestaltende Tätigkeit, also eine gesetzgeberische Durchführung, da diese Norm nur einen Entscheidungsrahmen, nicht aber objektive, richterliche Maßstäbe liefere und ihre Konkretisierung angesichts der Vielfalt der möglichen Lösungen nur politisch-weltanschaulich erfolgen könne[2]. Dies gelte um so mehr, als Art. 6 GG in den Bereich des Art. 3 II GG hineinwirke und auch diese Verfassungsnorm mangels unbestrittener Anschauungen keinen eindeutigen Inhalt eines bestimmten Ehe- und Familienbildes liefere.

Ähnliche Erwägungen wie die vorstehenden des OLG Frankfurt lagen auch den Urteilen des LG Gießen[3], wo die Gleichberechtigung nach Art. 3 II GG nur als politischer Begriff, nicht als Rechtsbegriff aufgefaßt wurde und des LG Düsseldorf[4] bzw. des AG Mannheim[5] zugrunde, die den Art. 3 II GG nur als Richtlinie für den Gesetzgeber ansahen.

Schließlich sind an dieser Stelle die Gerichte zu erwähnen, die die Wirksamkeit der Art. 3 II, 117 GG für das bürger-

---

1 Ähnlich LG Frankenthal v. 26.5.1953 in NJW 1953, S. 909 Nr. 16; LG Lübeck v. 18.5.1953 in NJW 1953, 906/907; LG Duisburg v. 15.5.1953 in DRpfl 1953, 359; LG Flensburg v. 2.6.1953, erwähnt in BGHZ 10, 266/272.

2 cf. auch LG Lübeck v. 18.5.1953 in NJW 1953, 906/907 und die verschiedenen Abgeordneten-Zitate in LG Duisburg v. 13.7.1953 in Rpfleger-FamR-SH S. 56/64.

3 LG Gießen v. 18.4.1953 in JR 1953, 223/224.

4 LG Düsseldorf v. 20.5.1953 in MDR 1953, 425 Nr. 302.

5 AG Mannheim v. 16.4.1953 in MDR 1953, 360 Nr. 246.

[illegible] zu bezweifeln, diese Frage aber offenlassen, weil sie im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war. Als Beispiel dafür sei hier der Beschluß des OLG Freiburg vom 29.5.1953[1] genannt.

2. Die Bejahung der Verfassungsmäßigkeit des Art. 117 GG durch das Bundesverfassungsgericht

Die Bedenken gegen die Wirksamkeit des Art. 117 GG wurden vom Bundesverfassungsgericht[2] nicht geteilt.

Zum Argument [illegible] betonte das Gericht, soweit diese noch ein unverzichtbares Maß erreiche, müsse der Gesetzgeber durchaus der Einzelfallgerechtigkeit - hier in Gestalt des Art. 3 II GG - den Vorrang einräumen. Art. 3 II GG sei auch hinreichend bestimmt - zumal bei Heranziehung den Art. 6 I GG - , um justitiabel zu sein. Daß reine Subsumtion den Art. 3 II GG als Generalklausel nicht zu konkretisieren vermöge, sei nichts besonderes angesichts der Tatsache, daß ein moderner Rechtsstaat zur gerechten Erfassung vielfältiger Lebenssachverhalte mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zu arbeiten habe. In der Ausfüllung weiter Lücken auf der Grundlage wegweisender Generalklauseln liege eine typische und bisher stets bewältigte richterliche Aufgabe. Als Beispiel dienten dem Gericht u.a. die Rechtsprechung zu § 242 BGB und die zahllosen, dazu erschienenen Lehrbücher.

Damit war nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch eine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht ersichtlich, da es sich bei der Ausfüllung der Generalklausel des Art. 3 II GG um typische richterliche Tätigkeit handele.

---

1 OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905.

2 BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - in BVerfGE 3, 225/237 ff. vgl. auch BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 90/52 in BGHZ 10, 266/268 ff.

3. Die Situation der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Im Zeitpunkt des vorgenannten Urteils des Bundesverfassungsgerichts v. 18.12.1953 lagen bereits acht Monate Rechtsprechung zum Familienrecht unter dem Einfluß des Art. 3 II GG vor. Die überwältigende Mehrheit der ordentlichen Gerichte war von der unmittelbaren Wirkung der Art. 3 II, 117 GG ausgegangen. Dabei war vielfach auf die Entstehungsgeschichte des Art. 117 GG verwiesen worden. Offen oder versteckt hatte dieser Rechtsprechung der Gedanke zugrundegelegen, die Gerichte müßten notfalls auch ohne Gesetz nach gewissenhaftem Ermessen Recht sprechen. Ferner sei Rechtsprechung qualitativ etwas anderes als Gesetzgebung, da es an einer über die Gestaltung der Rechtsverhältnisse der unmittelbar Beteiligten hinausgehenden, objektiven Bindung an die Entscheidung fehle.

Schließlich entwickle sich diese Rechtsprechung keinesfalls im reinen rechtlichen Vakuum, nur an politischen und weltanschaulichen Aspekten orientiert. Vielmehr fänden sich in § 1353 BGB, Art. 6, 3 II und III GG und in den unveränderlichen Normen des Natur- und Sittengesetzes ausreichend bestimmte Grundlagen richterlicher Rechtsumbildung. Stellvertretend für dies Rechtsprechung können in dieser Hinsicht die Beschlüsse des OLG Bamberg v. 7.5.1953[1] und des OLG Celle v. 19.5.1953[2] angeführt werden.

Das Bundesverfassungsgericht[3] glaubte angesichts der vorgefundenen, acht Monate andauernden Rechtsprechung, in den wichtigsten Sachbereichen bereits eine herrschende Meinung feststellen zu können. Es wird zu untersuchen sein, ob

---

1 OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903.

2 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102/103.

3 BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - BvL 106/53 - in BVerfGE 3, 225/237 ff.

tatsächlich in der Rechtsprechung zum Familienrecht vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 nur ein geringer Grad der Rechtsunsicherheit herrschte. Gegenstand der Erörterung wird weiter sein, inwieweit der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 18.12.1953 auf die richterliche Ausfüllung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen als typische Aufgabe der Gerichte zutrifft oder ob nicht mit der Konkretisierung des Art. 3 II GG durch die Rechtsprechung - u.a. unter dem Aspekt der Gewaltenteilung - problematisches Neuland betreten wurde.

II. Analyse der Schwerpunkte der auf den Art. 3 II, 117 GG basierenden Rechtsprechung vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 im Bereich des Bürgerlichen Gesetzbuches

1. Die Rechtsprechung zu § 1300 BGB

Der Wortlaut des § 1300 BGB am 1.4.1953:

"Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist."

a) Überblick

Diese Rechtsprechung umfaßt dreizehn in diesem Zeitraum veröffentlichte und drei nicht veröffentlichte Entscheidungen. Daß die Zahl der nicht veröffentlichten Urteile eine Dunkelziffer bleibt, macht die Untersuchung zahlenmäßig ungenau, ohne aber daran etwas zu ändern, daß die veröffentlichten Urteile als insgesamt repräsentativ und als Abbild der gesamten Rechtsprechung gelten dürfen.

Die Urteile zu § 1300 BGB waren nicht einheitlich. Zwölf Urteile[1] entschieden im Sinne einer Fortgeltung des § 1300 BGB, vier in entgegengesetztem Sinn[2]. Auf den ersten Blick könnte man meinen, damit habe sich die Rechtsunsicherheit in erträglichen Grenzen gehalten, da immerhin ein deutliches zahlenmäßiges Übergewicht einer Meinung bestand. Die Aufschlüsselung der Urteile nach ihrer zeitlichen Abfolge ergibt jedoch ein anderes Bild:

In den ersten beiden Jahren 1953 und 1954 sprachen sich sechs Gerichte[3] für die Fortgeltung des § 1300 aus. Darunter meinte noch ein Gericht[4], den § 1300 BGB jedenfalls

---

1 cf. LG München I v. 12.6.1953, zitiert bei Fröhlich, FamRZ 1955, 38; OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; LG München I v. 25.9.1953 in FamRZ 1955, 103; OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19; OLG Düsseldorf v. 30.4.1954, zitiert im Urteil v. 12.7.1955 in JMBL. NRW 1956, 15; AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298; OLG Nürnberg v. 16.6.1955 in BayJMBL 1956, 20; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15; SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141; BGH Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195; OLG München v. 30.3. 1957 in MDR 1957, 676.

2 cf. LG Dortmund v. 19.6.1953 in Anm. zu OLG Braunschweig in NJW 1953, 1222/1223; AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

3 cf. LG München I v. 12.6.1953, zitiert bei Fröhlich, FamRZ 1955, 38; OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; LG München I v. 25.9.1953 in FamRZ 1955, 103; OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19; OLG Düsseldorf v. 30.4.1954, zitiert im Urteil v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15; AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102.

4 cf. AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, S.

nicht mehr auf eine unbescholtene, aber bereits mehrfach schuldlos geschiedene Braut anwenden zu können.

Demgegenüber lehnten es vier Gerichte[1] ab, den § 1300 BGB als geltendes Recht anzuwenden. Die Daten der vorgenannten Entscheidungen zeigen, daß in diesen ersten zwei Jahren gegensätzliche Urteile in bunter Reichenfolge ergingen. Die in diesem Zeitraum um ihr Recht nachsuchende verlassene Braut konnte von ihrem Rechtsbeistand keine sichere Beratung über den voraussichtlichen Erfolg oder Mißerfolg einer Klage erwarten. Ihr konnte nur mitgeteilt werden, die Rechtsprechung sei in dieser Frage zerstritten.

Dies wurde ab 1955 gänzlich anders. Alle nun folgenden Urteile entschieden sich für die Fortgeltung des § 1300 BGB[2]. Die dem Urteil des BGH vom 10.3.1956[3] nachfolgende Entscheidung des OLG München[4] verlor dann schließlich kein Wort mehr über die Frage der Vereinbarkeit des § 1300 BGB mit dem Art. 3 II GG. Es überrascht nicht, daß für den Zeitraum der Jahre 1957 und 1958 nur ein Urteil vorliegt. Mit dem Urteil des BGH vom 10.3.1956[5] war eine höchstrichterliche Stellungnahme vorhanden, die vielleicht prozeßhemmend wirkte. Ferner mag die Veröffentlichung eines konformen Urteils auf "unterer Ebene" nach dieser BGH-Entscheidung nicht mehr so interessant gewesen sein. Schließlich lag Mitte 1957 auch bereits das neue Gleichberechtigungsgesetz vor, das den § 1300 BGB beibehielt und damit keine neue Unsicherheit aufkommen ließ.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß zwei Jahre lang eine beträchtliche Rechtsunsicherheit zur Fortgeltung des

---

1 cf. LG Dortmund v. 19.6.1953 in Anm. zu OLG Braunschweig in NJW 1953, 1222/1223; AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

2 LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298; OLG Nürnberg v. 16.6.1955 in BayJMBl 1956, 20; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955, in JMBl NRW 1956, 15; SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141; BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195; OLG München v. 30.3.1957 in MDR 1957, 676.

3 BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

4 OLG München v. 30.3.1957 in MDR 1957, 676

5 BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

§ 1300 BGB herrschte. Bedenkt man, daß oftmals bei Aufkommen einer praktischen Streitfrage in der Rechtsprechung einer Periode der Unsicherheit durch divergierende Entscheidungen schließlich die Rechtsberuhigung mit einer höchstrichterlichen Entscheidung folgt, haftet - punktuell betrachtet - der Rechtsprechung zu § 1300 BGB unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nichts besonderes an.

b) Spektrum der Argumente zu § 1300 BGB

Die Gerichte fanden 1953 folgende Entscheidungshilfen vor:

aa) Die Literatur

In der Literatur[1] wurden zugunsten der unveränderten Fortgeltung des § 1300 BGB diese Argumente angeführt:

(1) Der Wortlaut des Art. 3 II GG gebiete nicht die Identität der Rechte beider Geschlechter[2]

(2) Die Entstehungsgeschichte des Art. 3 II GG lege dar, daß man eine Gleichwertigkeit, nicht eine Identität der Rechte verwirklichen wollte[3].

(3) Aus dem systematischen Zusammenhang des Art. 3 II GG mit dem Abs. I ergebe sich , daß unterschiedliche Regelungen, die auf biologischen Unterschieden beruhen wie z.B. § 1300 BGB, mit dem Art. 3 II GG vereinbar seien; denn auch Art. 3 I GG habe nur den Sinn, Gleichheit bei Gleichheit aller erheblichen tatsächlichen Voraussetzungen zu verwirklichen. Die Norm stimme insoweit mit der Weimarer,

---

1 Die Darstellung der wichtigsten Argumente und weniger eine erschöpfende Aufzählung aller Beiträge mit letztlich immer wiederkehrenden Argumenten ist hier von Interesse.

2 cf. Beitzke, S. 745.

3 cf. Beitzke, S. 745.

der Schweizerischen und der Österreichischen Verfassung überein[1].

(4) Sonderregelungen würden für die Frau in anderen Bereichen hingenommen, so z.B. in der Mutterschutzgesetzgebung und im Hausarbeitstag. Entscheidend sei, ob auch § 1300 BGB eine solche besondere Situation der Frau widerspiegele[2].

(5) Eine soziologische Analyse würde wohl ergeben, daß die verlassene Braut - beruhend auf gesellschaftlichen Werturteilen - ungünstiger dastehe, als der verlassene Bräutigam und infolge von stärkeren seelischen Kränkungen auch mehr erleide[3].

(6) Wolle man soziale Strukturen ändern, müsse auch § 1300 BGB fortfallen. Wie sich aus der GG-Präambel ergebe, wolle Art. 3 II GG das jedoch nicht. Vielmehr sei nur eine Anpassung an bestehende soziologische Strukturen beabsichtigt[4].

Gegen die Fortgeltung des § 1300 BGB seit dem 1.4.1953 wurde argumentiert[5]:

(7) § 1300 BGB stelle eine Privilegierung der Frau dar.

(8) § 1300 BGB sei nicht einfach mit biologischen Unterschieden zu erklären. Im Kern lägen der Auffassung von der besonderen Verletzlichkeit der Frau und (Geschlechts-)Ehre mythische, geschichtliche, religiöse und sittliche Anschauungen zugrunde. Gerade diese Differenzierungen sollten durch Art. 3 II GG als Gebot der Äquivalenz im Rechtsleben ausgeräumt werden.

---

1 cf. Beitzke, S. 744 f.; Bosch, S. 399; Fröhlich, S. 38; Mattern, S. 119.

2 Beitzke in Anmerkung zu LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298.

3 cf. Beitzke, aaO., Fußn. 2; Palandt-Lauterbach, 11. Aufl., Vorbem. zu § 1300.

4 cf. Beitzke, aaO., Fußn. 2.

5 cf. Dölle, S. 356.

bb) Der Gesetzgeber

Zwei Regierungsentwürfe[1] einschließlich der Änderungsvorschläge des Bundesrates und der FDP-Entwurf[2] enthielten zu § 1300 BGB keine Änderungsvorschläge. Der SPD-Entwurf[3] sah in Art. I Ziffer 3 eine Aufhebung des § 1300 BGB vor.

cc) Weitere Entscheidungshilfen

Es ist nicht zu übersehen, daß die richterlichen Entscheidungshilfen für die gesamte Rechtsprechung zu Art. 3 II GG noch umfangreicher waren: Die Erörterungen um die Erneuerung des Familienrechts waren erschöpfend über fünfzig Jahre hinweg geführt worden[4]. Es bestanden Möglichkeiten der Rechtsvergleichung[5].

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

Von Interesse ist die Argumentation und das methodische Vorgehen der Gerichte. In keinem der veröffentlichten Ur-

---

1 Regierungsentwurf I, vorgelegt am 23.10.1952, in BT-Drucksache 3802/52,1. Wahlperiode; Regierungsentwurf II v. 29.1.1954, in BT-Drucksache 224/53, 2. Wahlperiode.

2 Entwurf der FDP v. 12.12.1953, in BT-Drucksache 112/53, 2. Wahlperiode.

3 Entwurf der SPD v. 13.1.1954, in BT-Drucksache 178/53, 2. Wahlperiode.

4 cf. dazu schon 1907 Marianne Weber in"Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung"; ferner die Verhandlungen des 33. (1924), des 36. (1931) und des 38. (1950) Deutschen Juristentages; auch Kipp, S. 682 f.

5 Vor allem zu den nordischen, seit langer Zeit am Prinzip der Gleichberechtigung orientierten Rechtsordnungen; ferner auch zu den Ländern des Ostblocks, in denen die Gleichberechtigung der Frau rigoros durchgeführt war.

teils wurde auf jegliche Begründung des gefundenen Ergebnisses verzichtet.

aa) Die Gruppe der zehn veröffentlichten Urteile, in denen die Fortgeltung des § 1300 BGB bejaht wurde

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

In der Gruppe der zehn veröffentlichten, die Fortgeltung des § 1300 BGB bejahenden Entscheidungen wurden von den oben erwähnten[1], diese Meinung stützenden Gründen im wesentlichen die Argumente (2) bis (5) verwendet. Das Argumente (2) erschien in sechs[2], die Argumente (3) bzw. (4)[3] und (5)[4] jeweils in sieben Entscheidungen.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Nur drei Gerichte setzten sich mit Gegenargumenten auseinander[5]. Von den Gegenargumenten[6] wurden die Aspekte (7)[7]

---

1 cf. oben S. 10 f.

2 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; LG München I v. 25.9.1953 in FamRZ 1955, 103; OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19/20; AG Stromberg-Hunsrück v. 15 6.1954 in FamRZ 1955, 102/103; LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15.

3 Die Argumente 3) und 4) sollen hier wegen ihres kaum lösbaren inneren Zusammenhanges als ein Argument erscheinen; cf. dazu die Zitate unter Fußnote 2; ferner BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

4 cf. die Zitate unter Fußnote 2 mit Ausnahme des LG München I v. 25.9.1953 und des LG Duisburg v. 10.3.1955 - und die Zitate in Fußn. 3; ferner OLG Nürnberg v. 16.6.1955 in BayJMBL 1956, 20; SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141.

5 OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298.

6 cf. S. 11.

7 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222.

und (8)[1] jeweils in einer Entscheidung dargetan. Das AG Stromberg-Hunsrück[2] wies das hier nicht aufgeführte Gegenargument zurück, infolge der Annäherung von Mann und Frau in soziologischer, biologischer und seelischer Hinsicht gäbe es keine ausreichende Differenzierungsgrundlage im Rahmen des Art. 3 II GG, die die Regelung des § 1300 BGB rechtfertigen könnte.

Somit unterblieb weitgehend die Entwicklung von Gegenargumenten und eine entsprechende Abwägung der kontroversen Meinungen. Hinsichtlich der mehr oder weniger intensiven Ausschöpfung aller Aspekte wird kein Gefälle von den oberen zu den unteren Gerichten erkennbar. Eher ließe sich die umgekehrte Feststellung treffen. Eine wirklich breitere Auseinandersetzung mit den kontroversen Gründen erfolgte durch das AG Stromberg-Hunsrück[3]. Dagegen verzichteten das OLG Koblenz[4] im Jahr 1954 und die OLGs Nürnberg und Düsseldorf[5] im Jahre 1955 auf jede argumentative Auseinandersetzung, obwohl zu diesem Zeitpunkt nicht einmal von einer herrschenden Meinung in der Rechtsprechung die Rede sein konnte. Dasselbe gilt für den BGH[6] , der durch das Urteil vom 10.3.1956 den Schlußstrich unter diese Rechtsentwicklung zog. Die Gegenmeinung kam in diesem Urteil nur in Form von Zitaten zu Wort. Der BGH machte nicht einmal den Versuch einer Begründung, indem er schlicht auf den "recht verstandenen" Art. 3 II GG verwies.

---

1 cf. LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298.

2 AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102.

3 cf. Fußn. 2.

4 OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954 19/20.

5 OLG Nürnberg v. 16.6.1955 in BayJMBL 1956, 20; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15.

6 BGH Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

(3) Zitierweise

Zwei Entscheidungen[1] enthielten überhaupt kein Zitat, d.h. weder ein Zitat für die eigene Meinung noch für die Gegenmeinung. Diese Urteile ergingen alle ca. zwei Jahre nach Beginn der Rechtsprechung zu Art. 3 II GG. Zu diesem Zeitpunkt waren u.a. mindestens sieben kontroverse Entscheidungen veröffentlicht worden. Daneben erging 1955 ein weiteres Urteil, in dem verschwiegen wurde, daß es eine abweichende Meinung gab[2].

Die übrigen Entscheidungen ließen zwar den bestehenden Meinungsstreit erkennen. Die Zitatenfülle war allerdings sehr unterschiedlich. Zwei Urteile beschränkten sich darauf, auf den abweichenden Gesetzesentwurf der SPD hinzuweisen[3]. Ein Gericht[4] zitierte neben dem SPD-Entwurf als Gegenmeinung noch eine Literaturstelle. Umfassendere Hinweise auf die Gegenmeinung enthielten nur drei Urteile mit Fundstellen für zwei abweichende Urteile[5] bzw. zwei Urteile und eine Literaturstelle[6] bzw. drei Urteile und eine Literaturstelle[7].

(4) Argumentation zu Art. 3 II GG

Auch bei der Art der Begründung aus Art. 3 II GG bestanden Divergenzen zwischen den Urteilen. Ein Gericht[8] argumen-

---

1 cf. OLG Nürnberg v. 16.6.1955 in BayJMBL 1956, 20; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15.

2 cf. LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298.

3 cf. LG München I v. 25.9.1953 in FamRZ 1955, 103; OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19.

4 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222.

5 cf. AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102.

6 cf. SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141.

7 cf. BGH Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/198.

8 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222.

tierte mit der Entstehungsgeschichte des Art. 3 II GG, ein anderes mit dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 3 II und Abs. I GG[1], zwei mit dem Willen des Gesetzgebers[2]. Die übrigen sechs Gerichte schwiegen sich aus über die methodische Grundlage ihrer Argumentation zu Art. 3 II GG.

(5) Das entscheidende Argument

Welchem der verwendeten Argumente das jeweilige Gericht besondere oder gar entscheidende Bedeutung beimaß, läßt sich in etwa aus einer besonders intensiven Darstellung bestimmter Gesichtspunkte ableiten. Vier Gerichte[3] stellten in den Vordergrund, Art. 3 II GG wolle die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau respektieren und stehe einer darauf aufbauenden rechtlichen Differenzierung nicht im Wege. Drei weitere Gerichte[4] hoben hervor, die Frau habe mehr zu verlieren als der Mann, sei es in Form verminderter Heiratsaussichten, sei es als stärkere seelische Beeinträchtigung bei einem Verlöbnisbruch. Ein Gericht[5] betonte, § 1300 BGB gelte nur dann nicht fort, wenn sich eine allgemeine Rechtsüberzeugung im Sinne einer Verfassungswidrigkeit der Norm gebildet habe. Angesichts des bestehenden Meinungsstreites müsse § 1300 daher geltendes Recht sein.

---

1 cf. OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19/20.

2 cf. OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15; BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/197.

3 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 54, 19; LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298; BGH, Urteil v. 10.3.1965 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

4 cf. AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102; OLG Nürnberg v. 16.6.1955 in BayJMBL 1956, 20; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15.

5 cf. OLG SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141.

(6) Vorurteile

In einigen der Entscheidungen sind Vorurteile erkennbar. Dabei werden hier als Vorurteile außerrechtliche Auffassungen der Gerichte begriffen, die ohne Begründung als vorgeblich wahr wiedergegeben wurden. In den Urteilen finden sich Behauptungen über die stärkere geschlechtliche Aktivität des Mannes, die in diesem Zusammenhang geringere Widerstandskraft der Frau, ihre feinere sittliche Empfindsamkeit[1], ihre erhöhte Schutzbedürftigkeit[2]. Soziale Umschichtungen wurden als "angebliche" abgetan[3].

(7) Scheinargumente

Einige Urteile enthielten Passagen, die eine Begründung nur vortäuschten. So wurde etwa mit dem "recht verstandenen" Art. 3 II GG argumentiert[4]. Die Behauptung ersetzte hier ebenso die Begründung wie dort, wo angeführt wurde, Art. 3 II GG wolle und könne keinen Rechtszustand schaffen, der biologische Unterschiede der Geschlechter übersehe[5]. Dasselbe gilt auch für die Bemerkung, entscheidend sei, ob § 1300 BGB nach allgemeiner Rechtsüberzeugung eine offenbar ungerechtfertigte Sonderbehandlung der Frau bedeute. Angesichts des bestehenden Meinungsstreits könne aber von allgemeiner Rechtsüberzeugung keine Rede sein. § 1300 BGB gelte also fort[6]. Der Denkansatz, nur bei entsprechender allgemeiner Rechtsüberzeugung gelte § 1300 BGB nicht fort, wird nicht begründet. Wird dieser Gedanke zu Ende gedacht, führt er dazu, daß - selbst wenn zugunsten der Fortgeltung des § 1300 BGB eine kleine Mindermeinung wenig überzeugende Argumente liefern würde - der Meinungsstreit als solcher

---

1 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15.

2 cf. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222; LG Duisburg v. 10.3.1955 in JR 1955, 298.

3 AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102.

4 cf. BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

5 cf. OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19.

6 cf. SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141.

bereits die Fortgeltung des § 1300 BGB begründet.

bb) Die Gruppe der die Fortgeltung des § 1300 BGB verneinenden drei veröffentlichten Urteile[1]

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Alle drei Gerichte begründeten ihre Meinung mit den veränderten soziologischen, biologischen und seelischen Veränderungen der Frau seit dem Inkrafttreten des BGB. Die darin liegende Verselbständigung der Frau bzw. Annäherung an den Mann lasse eine Differenzierung im Rahmen des Art. 3 II GG durch § 1300 BGB nicht mehr zu. § 1300 BGB sei ein ungerechtfertigtes Privileg der Frau (oben[2] Argument (7)). Darüberhinaus brachte ein Gericht[3] die obige Begründung (8)[4] und verwies weiter auf Art. 3 III GG, mit dem Art. 3 II GG in systematischem Zusammenhang stehe und der von Menschen geschaffene und naturgegebene Unterschiede als rechtlich irrelevant beseitigen wolle.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Zwei der drei Gerichte[5] setzten sich mit den Gründen (3) bis (5)[6] der die Fortgeltung des § 1300 BGB bejahenden Meinung auseinander. Das LG Kiel[7] führte auch noch Argument (2) an.

---

1 cf. AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

2 cf. S. 11.

3 cf. LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

4 cf. S. 11.

5 cf. LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

6 cf. S. 10 f.

7 LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

(3) Zitierweise

Alle drei Gerichte zitierten ablehnend das Urteil des OLG Braunschweig[1]. Die eigene Auffassung wurde von zwei Gerichten mit einer[2] bzw. mit zwei Literaturstellen[3] gestützt.

(4) Argumentation zu Art. 3 II GG

Eine Entscheidung[4] knüpfte methodisch an den Art. 3 II GG an, der angeblich die alten Vorstellungen über die Frau beseitigen wolle. Das LG Kiel[5] zog den systematischen Zusammenhang des Art. 3 II mit Abs. III GG heran.

(5) Das entscheidende Argument

Entscheidende Argumente waren die veränderten Verhältnisse der Frau[6], die nur noch von der Konvention gestützte, ansonsten irreale besondere Schutzbedürftigkeit der Frau[7] bzw. der systematische Zusammenhang zwischen Art. 3 II und Abs. III GG[8].

(6) Vorurteile

Vorurteile kamen in der Behauptung von den veränderten Verhältnissen der Frau[9] bzw. ihrer fehlenden Schutzbedürftigkeit[10] zum Ausdruck.

---

1 OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222.
2 cf. LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.
3 cf. LG Hamburg v. 24.6.1954 in FamRZ 1955, 102.
4 cf. LG Hamburg v. 24.6.1954 in FamRZ 1955, 102.
5 LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.
6 cf. AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102.
7 cf. LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 55, 102.
8 cf. LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.
9 cf. AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102.
10 cf. LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Mit Rücksicht auf den oben dargestellten Streit zu Art. 117 GG könnte man zunächst erwarten, die Gerichte hätten eine Abgrenzung zum Gesetzgeber versucht, zumindest soweit sich daraus eine verschiedene Interpretation des Art. 3 II GG herleiten ließe. In der Tat kann man in vier der Entscheidungen zu § 1300 BGB lesen, es sei Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte, zu entscheiden, ob § 1300 BGB trotz biologischer Ungleichheiten[1] wegen vielleicht inzwischen andersartiger Bewertung bestimmter Rechtsgüter[2] bzw. weil eine Gesetzesänderung rechtspolitisch wünschenswert erscheine[3], nicht mehr fortgelten solle. Die übrigen Gerichte - unter ihnen alle, die die Vereinbarkeit von § 1300 BGB mit Art. 3 II GG verneinten - nahmen keine Stellung zur Abgrenzung von gesetzgeberischer Reformarbeit und gerichtlicher Überprüfung des § 1300 BGB anhand von Art. 3 II GG. Der Grund hierfür kann darin liegen, daß ein wesentliches Argument dieser Urteile besagte, Art. 3 II GG wolle angesichts der veränderten soziologischen Situation der Frau in Form der Angleichung ihrer gesellschaftlichen Rolle an die des Mannes altmodische Überbleibsel der Anschauung von der Andersartigkeit der Frau einebnen[4]. Hier spiegeln sich zwei verschiedene Grundauffassungen zu Art. 3 II GG wider: Von einem Teil der Gerichte[5]

---

1 cf. LG München I v. 25.9.1953 in FamRZ 1955, 103.

2 cf. OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15; BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/196 f.

3 cf. SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141.

4 cf. AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

5 cf. die Zitate in den Fußnoten 1-3.

wurde Art. 3 II GG begriffen als Norm, die die Rechtsordnung vorsichtig anpassen wolle an die neugewachsenen Überzeugungen von der Gleichwertigkeit der Frau unter Bewahrung ihrer Andersartigkeit. Bei einem anderen Teil der Rechtsprechung[1] dagegen wurde Art. 3 II GG zum Mittel, die begonnene Angleichung der Stellung des Mannes und der Frau in der Gesellschaft nicht nur im "Recht" auszudrücken, sondern sie mit Mitteln des Rechts weiterzutreiben. Wo einige Gerichte[2] ausschließlich Aufgaben des Gesetzgebers sahen, handelte es sich für andere[3] um Bereiche der Rechtsprechung in Form der Auslegung des Art. 3 II GG.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1300 BGB

Unter den Gerichten bestand ein unterschiedliches Selbstverständnis im Verhältnis zu den Gesetzgebungskörperschaften[4]. Bemerkenswert ist insoweit, daß ausdrückliche Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber nur von den Gerichten formuliert wurde, die den § 1300 BGB fortgelten ließen.

Jedes der dreizehn veröffentlichten Urteile begründete seine Ansicht mit Argumenten und überwiegend auch mit Zitaten. Dabei waren die Gründe in keinem Fall vollständig.

---

1 cf. AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

2 cf. LG München I v. 25.9. 1953 in FamRZ 1955, 103. OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15; BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/196 f. SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956, 141.

3 cf. die Zitate in der Fußnote 1.

4 cf. S. 20 f.

Die Gerichte beschränkten sich weitgehend auf die Wiedergabe einiger der aktuell gängigen Literaturargumente.

Eine Auseinandersetzung mit Gegenargumenten unterblieb in der Mehrzahl der Fälle. Wenn sie dennoch erfolgte, war sie durchweg in Urteilen enthalten, in denen die Vereinbarkeit des § 1300 BGB mit Art. 3 II GG verneint wurde. Dies ist um so unverständlicher, als in den ersten Jahren 1953 und 1954 keine der kontroversen Meinungen von sich behaupten konnte, bereits herrschend in der Rechtsprechung zu sein.

In der methodischen Begründung läßt sich in allen dreizehn veröffentlichten Urteilen eine "bunte Vielfalt" feststellen. Die meisten Urteile legten speziell zu Art. 3 II GG nicht offen, auf welchem Wege sie ihre Schlüsse zur Wirkung des Art. 3 II GG auf den § 1300 BGB gewannen. Weiter fällt auf, daß die Urteile, die methodisch scheinbar parallel argumentierten, wie etwa das OLG Koblenz[1] und das LG Kiel[2], die sich auf den systematischen Zusammenhang des Art. 3 II GG beriefen - allerdings einmal mit Art. 3 I GG und einmal mit Art. 3 III GG - zu entgegengesetzten Ergebnissen kamen. Dasselbe gilt, wo sich Gerichte - wie das OLG Düsseldorf[3], der BGH[4] und das LG Hamburg[5] - auf den nicht näher dargelegten Willen des Gesetzgebers beriefen. Auch hier führte eine identische Argumentation zu entgegengesetzten Ergebnissen. In das Bild methodisch

---

1 OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19.

2 LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

3 OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBl NRW 1956, 15.

4 BGH Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/197.

5 LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102.

nicht einheitlicher Rechtsprechung passen die Bewertung der verschiedensten Argumente als jeweils entscheidend ebenso wie die Vorurteile und Scheinargumente[1]

2. Die Rechtsprechung zu § 1354 BGB

Der Wortlaut des § 1354 BGB am 1.4.1953:

"Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung.

Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt."

a) Überblick

Die Rechtsprechung umfaßt acht veröffentlichte und ein nicht veröffentlichtes Urteil. Sieben der neun Urteile entschieden sich gegen die Fortgeltung des § 1354 BGB[2], ein Urteil für die Fortgeltung[3] und ein Urteil blieb ohne Sachentscheidung, da der Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wurde[4]. Berücksichtigt man, daß die beiden abweichenden Entscheidungen von derselben Kammer desselben Gerichts gefällt wurden, läßt sich eine klare herrschende Meinung in der Rechtsprechung feststellen. Diese herrschende Meinung,

---

1 cf. S. 17 u. 19

2 cf. LG Hamburg v.28.4.1953 in MDR 1953, 490; LG Ellwangen v. 15.6.1953 in NJW 1953, 1227; AG Meldorf v. 24.8.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Krefeld v. 5.10.1953 in FamRZ 1955, 210; AG Leck v. 20.11.1953 in SchlHA 1954, 53; OLG Celle v. 13.5.1954 in FamRZ 1954, 141; OLG Schleswig v. 30.8. 1957 in FamRZ 1957, 420/421.

3 cf. LG Duisburg v. 29.4.1954 in FamRZ 1954, 202.

4 cf. LG Duisburg v. 15.5.1953 in JR 1953, 299/300.

die an Stelle des § 1354 a.F. ein gemeinsames Entscheidungsrecht der Ehegatten setzte, deckte sich weitgehend mit dem Gleichberechtigungsgesetz. Danach entfiel § 1354 BGB. Das gemeinsame Entscheidungsrecht der Ehegatten in Fragen des ehelichen Zusammenlebens wurde aus § 1353 BGB hergeleitet.

b) Spektrum der Argumente zu § 1354 BGB

Folgende Entscheidungshilfen lagen den Gerichten vor:

aa) Die Literatur

Zugunsten der Fortgeltung des § 1354 BGB argumentierte die Literatur:

(1) Bereits zu Art. 119 I 2 WRV sei einhellige Meinung gewesen, Gleichberechtigung bedeute Gleichwertigkeit, nicht Gleichmacherei[1].

(2) Art. 6 I GG habe Vorrang vor Art. 3 II GG. Art. 6 I GG gewährleiste Ehe und Familie in ihren Grundformen so, wie sie seit unvordenklicher Zeit im christlichen Abendland besteht.[2]

(3) Eine Rechtsnorm, die einem Teil ein Entscheidungsrecht gebe, sei unentbehrlich. Sie wirke streitverhütend und ent-

---

1 cf. Bosch, Gleichberechtigung, S. 627.
2 cf. Bosch, Gleichberechtigung, S. 627.

scheidungsfördernd[1].

(4) Werde der Gemeinschaft bei Nichteinigung der Eheleute von außen eine Ordnung aufgezwungen, so werde sie gefährdet[2].

Gegen § 1354 BGB wurde angeführt:

(5) Nicht Art. 6 I GG habe Vorrang, sondern Art. 3 II GG, der den Inhalt des Art. 6 I GG bestimme[3].

(6) Die Aufrechterhaltung des ehemännlichen Entscheidungsrechts sei zum Ehe- und Kinderschutz entbehrlich. Bei fehlender Verständigung der Ehegatten sei sie ohnehin Formalie. Für die Kinder reiche der Schutz des Vormundschaftsgerichts aus[4].

(7) Der sozialen Wirklichkeit mit ihrer vielfachen Funktionsteilung werde eine schematische Festlegung des Entscheidungsrechts nicht gerecht. Dies gelte um so mehr, als Art. 3 II GG Differenzierungen nur aufgrund von biologisch relevanten, nicht aus funktionellen Unterschieden erlaube[5].

---

1 cf. Beitzke, S. 745 f.; Bosch, Situation, S. 484 f.

2 cf. Beitzke, S. 745 f.; Bosch, Situation, S. 484 f.; derselbe, Gleichberechtigung, S. 627.

3 cf. Arnold, S. 719 ff.; Gerken, S. 329 f.; Hagemeyer, S. 601 f.; Palandt-Lauterbach, 11. Auflage, Vorbem. 7 zu § 1297.

4 cf. Dölle, S. 356; Hagemeyer, S. 601 f.; Palandt-Lauterbach, 11. Auflage, Vorbem. 7 zu § 1297.

5 cf. Esser, S. 524; Hagemeyer, S. 601 f.; Krüger, S. 614; Palandt-Lauterbach, 11. Auflage, Vorbem. 7 zu § 1297.

bb) Der Gesetzgeber

Der Regierungs-Entwurf I[1] sah im ersten Teil in Art. 3 eine Neufassung des § 1354 BGB vor, wonach die Ehegatten sich grundsätzlich einigen mußten, bei Nichteinigung jedoch der Mann das Letztentscheidungsrecht haben sollte. Eine dem wohlverstandenen Interesse der Ehegatten zuwiderlaufende Entscheidung des Mannes sollte für die Frau nicht verbindlich sein. Der Entwurf wurde wie folgt begründet[2]:

"Aus der innigen Verbindung der Ehegatten ergibt sich, daß die Ehegatten in allen wichtigeren Fragen, die die eheliche Gemeinschaft betreffen, sich zu einer E i n m ü t i g k e i t durchringen müssen. Dabei ist auch die P f l i c h z u m N a c h g e b e n besonders wichtig und ernst zu nehmen. Beide Ehegatten müssen ihre gegenseitige Abhängigkeit als Spiegelbild ihrer gegenseitigen Verbundenheit erkennen und demgemäß handeln. E i n e V e r s e l b s t ä n d i g u n g d e r F r a u u n d d e s M a n n e s g e f ä h r d e t d i e G e m e i n s c h a f Sie kann also schon im Hinblick auf Art. 6 GG nicht das Ziel der Gleichberechtigung sein.

Der Entwurf sieht daher vor, daß die Ehegatten alle Angelegenheiten, die Ehe und Familie betreffen, in gegenseitigem Einvernehmen zu regeln haben (Satz 1). Dies besagt aber nicht, daß jede einzelne Angelegenheit von den Ehegatten gemeinsam entschieden werden muß. In vielen Fällen kann, ohne daß dies der richtig verstandenen Gleichberechtigung der Geschlechter widerspreche, ein Ehegatte allein über Angelegenheiten des ehelichen Lebens entscheiden. Die Frau braucht z. B. in Fragen, die die Haushaltsführung be-

---

1 BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode.
2 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, S. 45 f.

treffen, keine gemeinschaftliche Entscheidung der Ehegatten herbeizuführen. Es wäre gekünstelt, in solchen Fällen von einer gemeinschaftlichen Entscheidung zu sprechen, indem man annimmt, ein Ehegatte bevollmächtige insoweit stillschweigend den anderen Ehegatten. Daß ein Ehegatte in solchen und ähnlichen Fällen allein entscheiden kann, ergibt sich nicht aus einer Bevollmächtigung, sondern aus dem Wesen der Ehe und der ehelichen Lebensgemeinschaft.

Jeder Ehegatte muß aber bei seinen Handlungen auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen Rücksicht nehmen (Satz 2). Bei Meinungsverschiedenheiten müssen die Ehegatten versuchen, zu einer Einigung zu gelangen (Satz 3). Für den Fall, daß die Ehegatten sich nicht einigen können, soll nicht, wie in zahlreichen Vorschlägen zur Reform des Familienrechts vorgesehen ist, das Vormundschaftsgericht entscheiden. Der Entwurf sieht nur in einigen wenigen Fällen eine gerichtliche Entscheidung vor, nämlich bei der Einschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt und bei der Verteilung des Hausrats getrennt lebender Ehegatten. Darüberhinaus erscheint eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts weder zweckmäßig noch tunlich. Abgesehen davon, daß seine Entscheidungen in der Mehrzahl der Fälle nicht vollstreckbar wären und häufig ohne praktische Wirkung bleiben müßten, ist eine Einschaltung des Vormundschaftsgerichts auch deshalb bedenklich, weil das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht leicht zu einer Entfremdung der Ehegatten und vielleicht zur Scheidung der Ehe führt. Aus diesem Grunde ist auch eine beratende Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht vorgesehen. Es bleibt den Ehegatten natürlich unbenommen, sich an kirchliche oder private Stellen zu wenden, wenn Schwierigkeiten in der Ehe auftauchen. Dies mag in vielen Fällen sogar zweckmäßig sein. Der Staat hat aber die persönliche Sphäre der Ehegatten zu achten und soll durch seine Organe weder mit Anordnungen noch mit Vorschlägen auf die Gestaltung

des ehelichen Lebens der Ehegatten einwirken.

Der Entwurf des Bundesjustizministers sah für den Fall, daß die Ehegatten sich nicht einigen können, keine ausdrückliche Regelung vor. Die Beibehaltung des Entscheidungsrechts des Mannes hielt der Bundesjustozminister für nicht vereinbar mit Art. 3 II GG. Es sollte der Wille des Ehegatten maßgeblich sein, der der ehelichen Lebensgemeinschaft am besten entspricht (§ 1353). § 1354 BGB sollte ersatzlos wegfallen. Dieser Auffassung hat sich die Mehrheit der Mitglieder der Bundesregierung nicht angeschlossen. Sie ist der Ansicht, daß in solchen Fällen - ebenso wie bei Meinungsverschiedenheiten über die Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1628 des Entwurfs) - im Hinblick auf Art. 6 GG eine Entscheidungsbefugnis des Mannes nicht entbehrt werden könne. Demgemäß sieht der Entwurf vor, daß, falls die Ehegatten sich nicht einigen, der Mann berechtigt und verpflichtet ist, unter Berücksichtigung der Auffassung der Frau die Entscheidung zu treffen (Satz 4).

Entspricht die Entscheidung des Mannes nicht dem wohlverstandenen Interesse beider Ehegatten, so braucht die Frau ihr nicht zu folgen (Satz 5). Ein Mißbrauch der Befugnis durch den Mann braucht - im Gegensatz zur geltenden Regelung - nicht vorzuliegen".

Die Bundesregierung hielt an ihrer Neufassung des § 1354 BGB auch in ihrem II. Entwurf zwar nicht dem genauen Wortlaut, aber doch dem Sinne nach fest[1]. Sie blieb im wesentlichen bei den Gründen ihres I. Entwurfes. Intensiver nahm man zum Letztentscheidungsrecht des Mannes Stellung[2]. Die Bundesregierung lehnte es ausdrücklich ab, den Fall der Nichteinigung zwischen den Ehegatten ungeregelt zu lassen. Für den Fall, daß sich in einer Familie nicht ein

---

1 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. 1, Ziffer 5.

2 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, S. 28 f.

Ordnungsverhältnis herausgebildet habe, in dem entweder der Mann oder die Frau die letzte Entscheidung treffe, müsse der Gesetzgeber eine Regelung vorsehen. Letztlich bezog man sich auf die funktionelle Rollenverteilung, die dem Mann die Rolle des Erhalters und Ernährers, der Frau die des "Herzens der Familie" zuweise. An dieser funktionellen Verschiedenheit solle aber auch Art. 3 II GG nichts ändern.

Der Bundesrat[1] lehnte das Letztentscheidungsrecht des Mannes ab. Er führte dazu aus, das einseitige Entscheidungsrecht des Mannes wirke in Konfliktsfällen streitvertiefend und könne vom Manne dazu benutzt werden, die Frau ins Unrecht zu setzen und damit die Scheidung zu ermöglichen. Ein gemeinsames Entscheidungsrecht wirke dagegen auf eine gütliche Einigung hin. Die Vereinbarkeit des Regierungsentwurfs mit Art. 3 II GG blieb ausdrücklich dahingestellt. Ebenso schlug die SPD in ihrem Entwurf vor[2], jede Entscheidung beiden Ehegatten zu übertragen. Nach dem FDP-Entwurf[3] sollte § 1354 BGB ersatzlos entfallen und damit ebenfalls ein aus § 1353 BGB herzuleitendes gemeinschaftliches Entschidungsrecht der Ehegatten begründet werden.

cc) Weitere Entscheidungshilfen

Auch zu § 1354 BGB bestanden noch weitere Entscheidungsgrundlagen für die Gerichte, u.a. die Möglichkeit der Rechtsvergleichung, ferner die Verhandlungen des 33., 36. und 38. Deutschen Juristentages (1950), Abteilung B[4].

---

1 cf. Anlage A, S. 2 zu BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10. 1952, 1. Wahlperiode.

2 cf. BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art.I, Ziffer 4.

3 cf. BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

4 Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages, 1950, Bürgerrechtliche Abteilung, S. B 6 (Referat Scheffler) und S B 37 ff. (Referat Ulmer), Diskussionsbeiträge Boehmer, S. B 60 ff. und Geiler, S. B 64.

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

Auch hier sollen Argumentation und methodisches Vorgehen der Gerichte untersucht werden.

aa) Die Gruppe der sieben die Fortgeltung des § 1354 BGB verneinenden Entscheidungen

Die Gruppe der sieben die Fortgeltung des § 1354 BGB verneinenden Entscheidungen[1] enthielt keine Begründung, weder ein ihre Meinung stützendes Argument noch ein Gegenargument. Vier dieser Urteile gaben ein bis zwei konforme Literatur-Zitate[2] wieder. Drei davon verwiesen auf ein gleichlautendes Urteil[3]. Zitate der Gegenmeinung gab es nicht.

bb) Das abweichende Urteil des LG Duisburg

Um eine Begründung bemühte sich nur das im April 1954 ergangene abweichende Urteil des LG Duisburg[4]. Die Entscheidung enthielt die unter (2) bis (4) erfaßten Gründe[5]. Die Gegenmeinung wurde nicht erwähnt. Es erfolgte nur ein

---

1 cf. LG Hamburg v. 28.4.1953 in MDR 1953, 490; LG Ellwangen v. 15.6.1953 in NJW 1953, 1227; AG Meldorf v. 24.8.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Krefeld v. 5.10.1953 in FamRZ 1955, 210; AG Leck v. 20.11.1953 in SchlHA 1954, 53; OLG Celle v. 13.5.1954 in FamRZ 1954, 141; OLG Schleswig v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 420/421.

2 cf. Meldorf v. 24.8.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Krefeld v. 5.10.1953 in FamRZ 1955, 210; OLG Celle v. 13.5.1954 in FamRZ 1954, 141; OLG Schleswig v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 420/421.

3 cf. die Zitate in der Fußnote 2, mit Ausnahme des AG Meldorf.

4 LG Duisburg v. 29.4.1954 in FamRZ 1954, 202.

5 cf. S. 24 f.

Hinweis auf ein voraufgegangenes Urteil der Kammer. Vorurteile lassen sich in der Berufung auf eine "natürliche Familienordnung" erkennen. Hinweise auf einen angeblich recht-setzenden Gemeinwillen des Volkes bleiben undeutlich. Die Gesetzgebungskörperschaften sind offenbar nicht gemeint. Ein von allgemeiner Rechtsüberzeugung getragenes Gewohnheitsrecht existierte angesichts der abweichenden Rechtsprechung nicht. Hinter dem "Gemeinwillen" darf man daher wohl die eigene Auffassung der Kammer vermuten.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Nur das AG Leck unternahm den Versuch einer Standortbestimmung im Verhältnis zum Gesetzgeber[1]. Das Gericht nahm unter Berufung auf den BGH für sich in Anspruch, nicht nur bestehendes Recht auf seine Vereinbarkeit mit Art. 3 II GG zu prüfen, sondern auch entstandene Gesetzeslücken durch richterliche Rechtsschöpfung zu schließen.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1354 BGB

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Rechtsprechung zu § 1354 BGB im Ergebnis weitgehend einheitlich war. Es fällt auf, daß die Gerichte von Anfang an auf eine Begründung verzichteten, also auch zu einem Zeitpunkt, als keinesfalls feststand, welche der widerstreitenden Meinungen sich durchsetzen würde. Sowohl die Literatur wie die Reformarbeiten des Gesetzgebers als die wohl nächstliegenden Entscheidungshilfen blieben unausgewertet bzw. wurden als nichtssagendes Zitat eingestreut. Dies verwundert um so mehr, als § 1354 BGB mit der Frage des Letztentscheidungs-

---

1 AG Leck v. 20.11.1953 in SchlHA 1954, 53.

rechts des Mannes erstrangigen ideologischen Zündstoff enthielt.

Ein irgendwie geartetes methodisches Vorgehen ist nicht ersichtlich. Das einzige entgegenstehende Urteil des LG Duisburg wurde unzureichend begründet, da eine Auseinandersetzung mit der herrschenden Gegenmeinung in der Rechtsprechung nicht erfolgte. Der dortige Hinweis auf einen konformen, recht-setzenden Gemeinwillen des Volkes erscheint nichtssagend.

3. Die Rechtsprechung zu § 1355 BGB

Der Wortlaut des § 1355 BGB am 1.4.1953:

"Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes."

a) Überblick

Die Rechtsprechung zu § 1355 BGB enthält zehn Entscheidungen, davon eine nur im Leitsatz veröffentlicht. In neun der zehn Entscheidungen vertraten die Gerichte die Ansicht, § 1355 BGB gelte weiter[1]. Ein Gericht kam in Juni 1955 zum gegenteiligen Ergebnis[2]. Es bestand mithin eine eindeutige herrschende Meinung in der Rechtsprechung. Diese herrschende Meinung deckte sich wiederum mit dem § 1355 BGB n.F. des Gleichberechtigungsgesetzes, dessen Regelung den Namen des Mannes als Familiennamen beibehielt,

---

1 cf. LVG Rheinland-Pfalz v. 17.2.1954 in StAZ 1956, 34/36; BayObLG v. 19.11.1954 in BayObLGZ 1954, 296; LG Lübeck v. 3.5.1955 in SchlHA 1955, 251; OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; BGH, Beschluß v. 14.7.1956 - IV ZB 147/55 - in FamRZ 1956, 309/310; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341; BGH, Beschluß v. 25.9.1956 - IV ZB 86/56 - in NJW 1956, 1837; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361 f.

2 cf. VG Frankfurt v. 27.7.1955 in FamRZ 1955, 361.

der Frau nunmehr aber die Möglichkeit eröffnete, ihren Namen an den Namen des Mannes anzuhängen.

b) Spektrum der Argumente zu § 1355 BGB

Folgende Entscheidungshilfen existierten für die Gerichte:

aa) Die Literatur

Zugunsten der Fortgeltung des § 1355 BGB argumentierte die Literatur:

(1) § 1355 BGB sei nur Ordnungsnorm. Einen einheitlichen Namen müsse es schon im Interesse der Familie und der Verwaltung geben[1].

(2) Die Zulassung von Doppelnamen schaffe bei den Kindern nur ein Chaos. Durch die notwendige Namensreduzierung in der nächsten Generation werde die familiäre Abstammung unkenntlich. Im übrigen verlören die Kinder bei der Namensstreichung, was sich die Eltern über Art. 3 II GG erkämpft hätten[2].

(3) Der Ausschluß eines Namenswahlrechts vermeide Streit zwischen den Ehegatten oder ihren Familien[3].

(4) Die Möglichkeit der Anfügung des Mädchennamens für die Frau reiche zur Verwirklichung des Art. 3 II GG aus[4].

---

1 cf. Bosch, Situation, S. 482 f.; Dölle, S. 357; Hoffmann, S. 202; Knur, S. 238; Neuffer, S. 209; Palandt-Lauterbach, 11. Auflage, Vorbem. zu § 1355.

2 cf. Bosch, Situation, S. 482 f.; Dölle, S. 357; Neuffer, S. 209; Palandt-Lauterbach, 11. Auflage, Vorbem. zu § 1355.

3 cf. Neuffer, S. 209.

4 cf. Bosch, Situation, S. 482 f.; Dölle, S. 357; Hagemeyer, S. 603.

(5) Rechtsvergleichung ergebe, daß auch in Osteuropa (z.B. in Polen) bei Verwirklichung der Gleichberechtigung am Mannesnamen festgehalten worden sei[1].

(6) Die Führung des Mannesnamens gebe der Frau ein Recht. Dies habe sich u.a. gezeigt in dem Bemühen vieler Frauen, nach dem Zweiten Weltkrieg den Namen ihres gefallenen Verlobten anzunehmen[2].

Die Argumente der Literatur gegen die Wirksamkeit des § 1355 BGB lauteten:

(7) Der Name sei Persönlichkeitssinnbild. Aus beruflichen oder familiären Gründen bestünde oft ein Erhaltungsinteresse am Namen. § 1355 BGB führe mithin zu einem Rechtsverlust[3].

(8) Das zeit- und kostenraubende Namensänderungsverfahren genüge Art. 3 II GG nicht[4].

(9) § 1355 BGB resultiere aus der Vorstellung, Frau und Kind seien Manneseigentum bzw. gingen in der Persönlichkeit des Mannes auf[5].

(10) Rechtsvergleichung zeige, daß etwa die Schweiz und Holland viele Doppelnamen hätten. Ferner könne z.B. in England, Schweden und den USA die Ehefrau ihren Namen dem Namen des Mannes vor- oder nachstellen[6].

---

1 cf. Neuffer, S. 209.
2 cf. Palandt-Lauterbach, 11. Auflage, Vorbem. zu § 1355.
3 cf. Krüger, S. 614 f.; Scheffler, S. 136 ff.
4 cf. Krüger, S. 614 f.
5 cf. Scheffler, S. 136 ff.
6 cf. Krüger, S. 614 f.; Scheffler, S. 136 ff.

(11) In ländlichen Gegenden werde unterschiedslos der Hofname tradiert[1].

(12) Bei Doppelnamen vermeide die Begrenzung auf zwei Namen in der nächsten Generation ein Chaos[2].

(13) Durch die Möglichkeit der Namenswahl trete keine wirkliche Gefährdung der Ehen ein. Nur leichtfertig geschlossene Ehen könnten im Namensstreit scheitern[3].

bb) Der Gesetzgeber

Die beiden Entwürfe der Bundesregierung[4] und der Entwurf der FDP[5] sahen die Beibehaltung des Mannesnamens als Familiennamen vor. Die Frau sollte ihren Namen anhängen können. Die Bundesregierung gab dazu folgende Begründung: "Auch der Entwurf geht davon aus, daß die Ehegatten einen gemeinsamen Namen führen sollen. Es würde der engen Verbundenheit von Mann und Frau widersprechen, wenn jeder von ihnen seinen bisherigen Namen behielte. Ob die Ehegatten den Namen des Mannes oder den Namen der Frau als Familiennamen tragen, ist eine Ordnungsvorschrift, die ihre Rechte nicht berührt. Der Überlieferung in Deutschland folgend, sieht der Entwurf vor, daß der Mannesname der Ehe- und Familienname sein soll. Der Vorschlag, den Ehegatten bei der Eheschließung die Wahl zu lassen, ob sie den Namen des Mannes oder den der Frau als Familiennamen führen wollen, ist nicht empfehlenswert. Er bedeutet einen lediglich auf dogmatischen Er-

---

1 cf. Scheffler, S. 136 ff.

2 cf. Scheffler, S. 136 ff.

3 cf. Scheffler, S. 136 ff.

4 BT-Drucksache 3802 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Teil 1 Art. 3 und BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. 1, Ziffer 5.

5 BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1 Art. 3

wägungen beruhenden Einbruch in eine echte, gewachsene Form, seine Durchführung fände in breiten Schichten des Volkes kein Verständnis und würde dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter mehr schaden als nützen (vgl. auch Ulmer, Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Teil B, S. 72). In Ausnahmefällen mag der Mann den Namen der Frau im Wege der behördlichen Namensänderung annehmen. Das Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. Januar 1938 (Reichsgesetzblatt I, S. 9) gibt hierzu die Möglichkeit.

Die Frau soll aber befugt sein, durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Mannesnamen ihren Mädchennamen anzufügen.

In den Erörterungen über den Familiennamen der Ehegatten ist auch der Vorschlag gemacht worden, die Ehegatten sollten einen aus dem Namen des Mannes und dem Namen der Frau zusammengesetzten Familiennamen führen können. Der Entwurf hat sich auch diesem Vorschlag nicht angeschlossen. Abgesehen davon, daß eine solche Regelung zu unnötigen Erschwernissen im täglichen Verkehr führt, ist auch nicht anzunehmen, daß sie sich im Volke durchsetzen würde. Hinzu kommt, daß die Führung eines Doppelnamens durch die Eltern auch Schwierigkeiten für den Namen der Kinder zur Folge haben müßte, wenn diese eine Ehe eingehen. Sie müßten dann einen oder mehrere Namen ablegen. Dadurch aber würde der Gedanke der Familieneinheit gefährdet (Curtius, Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Teil B, S. 74)[1]".

Diese Begründung wurde unverändert in den II. Entwurf der Bundesregierung übernommen[2]. Der Bundesrat billigte den

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, S. 46.

2 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29. 1.1954, 2. Wahlperiode, S. 29.

Vorschlag der Bundesregierung[1].

Der SPD-Entwurf[2] wollte den zukünftigen Ehegatten ein Wahlrecht einräumen, ob sie den Mannes- oder den Frauennamen oder einen aus beiden zusammengesetzten Doppelnamen führen wollten. Falls nur ein Name als Familienname gewählt würde, sollte der andere Gatte seinen Geburtsnamen oder einen früheren Familiennamen anhängen dürfen.

cc) Weitere Entscheidungshilfen

Zu den weiteren Entscheidungshilfen ist hier u.a. auf die Stellungnahmen des 33., 36. und 38. Deutschen Juristentages (1950)[3] zu verweisen.

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

Zur Argumentation und zum methodischen Vorgehen der Gerichte ist zu bemerken:

aa) Die Gruppe der neun veröffentlichten, die Fortgeltung des § 1355 BGB bejahenden Entscheidungen

Von den neun die Fortgeltung des § 1355 BGB aussprechenden Entscheidungen blieben zwei ohne Begründung[4]. Dabei ist zu

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Anlage A, S. 2.

2 cf. BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I, Ziffer 5.

3 cf. die Leitsätze von Scheffler in Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages, 1950, Abteilung B, S. 29 und Referat Ulmer, Abteilung B, S. 39 ff.; ferner die Diskussionsbeiträge, Abteilung B, S. 65 ff.

4 cf. BGH, Beschluß v. 14.7.1956 - IV ZB 147/55 - in FamRZ 1956, 309; BGH, Beschluß v. 25.9.1956 - IV ZB 86/56 - in NJW 1956, 1837.

beachten, daß es in diesen beiden Fällen im Kern um § 57 EheG ging und nur im Vorfeld der Argumentation § 1355 BGB anzuführen war. Die übrigen Entscheidungen wurden begründet:

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Jedes dieser sieben Gerichte stützte sich auf das Argument (1)[1]. Das LVG Rheinland-Pfalz[2] begnügte sich damit. Das verwundert nicht, da es auf § 1355 BGB in der Entscheidung nicht ankam. Die Gesichtspunkte (2) und (3)[3] wurden nur von einem Gericht angeführt[4]. Der Aspekt (4) wurde von drei Gerichten einbezogen[5]. Der Gesichtspunkt (5) fehlte in allen Entscheidungen. Das Argument (6) wurde von zwei Gerichten gebraucht[6]. In vier Entscheidungen berief man sich ferner darauf, § 1355 BGB beruhe auf langer Tradition, nicht auf der Verschiedenheit der Geschlechter[7].

Darüberhinaus wurde von zwei Gerichten vertreten, übersteigerte individualistische Bestrebungen, wie sie in den Gegenvorschlägen zu § 1355 BGB zum Ausdruck kämen, seien abzulehnen. Der herkömmliche christlich bestimmte Ehe- und Familienbegriff müsse erhalten bleiben[8]. Dieselben Gerichte

---

1 cf. oben S. 33.

2 LVG Rheinland-Pfalz v. 17.2.1954 in StAZ 1956, 34/36.

3 cf. oben S. 33.

4 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172.

5 cf. BayObLG v. 19.11.1954 in BayObLGZ 1954, 296; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361 f.

6 cf. OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172.

7 cf. BayObLG v. 19.11.1954 in BayObLGZ 1954, 296; LG Lübeck v.3.5.1955 in SchlHA 1955, 251; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

8 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

führten weiter an, bei Ablehnung des Doppelnamens sei eine wirkliche Gleichberechtigung nicht möglich, da ein Name bevorzugt werden müsse[1]. Schließlich wurde in diesen beiden Entscheidungen vertreten, der Sinngehalt des Art. 3 II GG gehe nicht dahin, eine Umschichtung sozialer Verhältnisse zu beabsichtigen, wie sie durch die Gegenmeinung drohe.

Eine BGH-Entscheidung[2] enthält noch den Gesichtspunkt, entsprechend der natürlichen Aufgabenverteilung in der Familie vertrete der Mann die Familie nach außen. Diese Aufgabenverteilung entspreche der Ansicht der Bevölkerungsmehrheit. § 1355 BGB spiegele nur diese Verteilung wider. Schließlich bezogen sich vier Entscheidungen[3] auf Gesetzgebungsvorhaben, wobei der BGH am 13.7.1957[4] den Art. 1 Nr. 6 des Gleichberechtigungsgesetzes anführen konnte.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Ohne Wiedergabe von Gegenargumenten blieben sechs Entscheidungen, darunter allerdings wieder die drei Beschlüsse, in denen § 1355 BGB nur Randfrage war oder gar keine entscheidungserhebliche Bedeutung hatte[5].

---

1 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

2 BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

3 cf. LVG Rheinland-Pfalz v. 17.2.1954 in StAZ 1956, 34/36; OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361.

4 BGH, aaO., unter Fußnote 3.

5 cf. LVG Rheinland-Pfalz v. 17.2.1954 in StAZ 1956, 34/ 36; BGH, Beschluß v. 14.7.1956 - IV ZB 147/55 - in FamRZ 1956, 309; BGH, Beschluß v. 25.9.1956 - IV ZB 86/ 56 - in NJW 1956, 1837.

Die übrigen drei Entscheidungen[1] gaben im wesentlichen das unter (7)[2] angeführte Argumente abschwächend wieder. Der BGH[3] führte ferner noch den Aspekt (10) an.

(3) Zitierweise

Zitate zu § 1355 BGB enthielten sieben der neun die Fortgeltung des § 1355 BGB begründenden Entscheidungen[4]. Zwei BGH-Entscheidungen blieben ohne diesbezügliche Hinweise[5]. Unter den mit einschlägigen Zitaten versehenen Beschlüssen belegten drei nur ihre eigene Auffassung[6]. Die vier Entscheidungen, die Fundstellen für die Gegenmeinung enthielten[7], brachten einen oder zwei Hinweise. Nur das OVG Hamburg[8] wies in diesem Zusammenhang auf den abweichenden SPD-Entwurf hin[9].

(4) Argumentation zu Art. 3 II GG

Eine methodische Argumentation klingt nur in zwei Beschlüssen an[10], in denen z.T. Art. 3 II GG aus seinem Zusammenhang mit

---

1 cf. OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361 f.

2 cf. oben S. 34.

3 BGH, aaO., Fußnote 1.

4 cf. LVG Rheinland-Pfalz v. 17.2.1954 in StAZ 1956, 34/36; BayObLG v. 19.11.1954 in BayObLGZ 1954, 296; LG Lübeck v. 3.5.1955 in SchlHA 1955, 251; OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; Hess VGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341; BGH, Beschluß v. 13.7. 1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361 f.

5 BGH, Beschluß v. 14.7.1956 - IV ZB 147/55 - in FamRZ 1956, 309 und Beschluß v. 25.9.1956 - IV ZB 86/56 - in NJW 1956, 1837.

6 cf. BayOvLG v. 19.11.1954 in BayObLGZ 1954, 196; LG Lübeck v. 3.5.1955 in SchlHA 1955, 251; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361.

7 cf. LVG Rheinland-Pfalz v. 17.2.1954 in StAZ 1956 34/36; OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

8 OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172.

9 cf. S. 37.

10 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

Art. 6 GG heraus ausgelegt wird, um darzulegen, daß Art. 3 II GG von der historisch gewachsenen Institution der Ehe auszugehen habe bzw. seinem Sinne nach keine Umschichtung dieser sozialen Struktur wolle.

(5) Das entscheidende Argument

Als entscheidendes Argument sticht in drei Entscheidungen[1] die Bewahrung der Einheitlichkeit des Familiennamens hervor. Dabei wurden in einem Atemzug zugleich teils die natürliche Aufgabenverteilung in der Familie[2], teils die Behauptungen genannt, dem Rechtsverlust der Ehefrau stehe ein (Names-)Rechtserwerb gegenüber[3] bzw. ein Name müsse übrig bleiben bzw. die Regelung des § 1355 BGB sei Art. 3 II GG gar nicht zugänglich[4]. Mit dem Aspekt der Wahrung der Einheitlichkeit des Namens steht die z.B. vom LG Lübeck[5] betonte Ordnungsfunktion des Namens in innerem Zusammenhang. Der HessVGH[6] stellte endlich die Bewahrung des historisch Gewordenen in den Vordergrund, wozu auch die Namensregelung gehöre.

(6) Vorurteile

Die in den Entscheidungen zum Ausdruck kommenden Vorurteile konzentrierten sich auf den angeblichen Vorrang des Art. 6 I GG vor Art. 3 II GG und den Einfluß der abendländischen

---

1 cf. OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392; OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

2 cf. BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

3 OLG Hamm v. 1.9.1955 in FamRZ 1956, 392.

4 cf. OVG Hamburg,v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172.

5 LG Lübeck v. 3.5.1955 in SchlHA 1955, 251.

6 HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

Rechts- und Kulturauffassung[1], womit wohl gesagt sein sollte, die Gegenmeinung gefährde das herkömmliche, christlich bestimmte Familienbild[2]. Der BGH[3] begründete schließlich die Fortgeltung des § 1355 BGB damit, daß eine (nicht gefragte) Bevölkerungsmehrheit die Namensregelung als richtig empfinde.

bb) Das abweichende Urteil des VG Frankfurt

Das einzige gegenteilige Urteil des VG Frankfurt[4] ist nur in Leitsätzen veröffentlicht und läßt erkennen, daß die Entscheidung wesentlich auf dem Argument (7)[5] beruhte.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Keines der Gerichte suchte eine Abgrenzung zum Gesetzgeber.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1355 BGB

Die Rechtsprechung zu § 1355 BGB war im Ergebnis - mit einer Ausnahme - einheitlich. Eine Abgrenzung zum Gesetzgeber erfolgte nicht. Dies ist verständlich, da § 1355 BGB nach

---

1 cf. HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

2 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172.

3 BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

4 VG Frankfurt v. 27.7.1955 in FamRZ 1955, 361.

5 cf. oben S. 34.

Meinung der Gerichte nicht fort- oder umzubilden war. Die bloße Feststellung der Vereinbarkeit einer Gesetzesnorm mit einer Verfassungsnorm aber war gewöhnliche Arbeit jedes Gerichts. Die Begründung der Entscheidungen blieb größtenteils auf wenige Argumente beschränkt. Eine Ausnahme machte nur das OVG Hamburg[1]. Die Gegenmeinung wurde zumeist nicht oder unvollständig dargestellt. Dasselbe gilt für die Zitate. Ein methodisches Vorgehen in der Begründung ist bei keinem Gericht festzustellen. Mehr oder weniger zufällig tauchte in den Beschlüssen der eine oder andere zur Begründung der Fortgeltung des § 1355 BGB taugliche Aspekt auf. In der Bildung der Schwerpunkte differierten die Entscheidungen selbst dort, wo sich - wie in dem Ziel der Bewahrung der Einheitlichkeit des Familiennamens - drei Beschlüsse scheinbar ähnelten. Es fehlte nicht der Hinweis auf die christlich-abendländische Kulturauffassung[2], so als ob die Gegenmeinung sich nach Argumentation und geistigem Hintergrund in völlig anderen Bereichen bewegt hätte. Auch der Hinweis auf die herrschende Meinung in der Bevölkerung unterblieb nicht[3]. Woher das Gericht sein Wissen von den Merhheitsverhältnissen hatte, blieb offen.

4. Die Rechtsprechung zu § 1357 I BGB

Der Wortlaut des § 1357 I am 1.4.1953:

"Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechts-

---

1 OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172.

2 cf. HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

3 cf. BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

geschäfte, die sie innerhalb des Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt."

a) Überblick

Die Rechtsprechung umfaßt dreizehn Entscheidungen, davon vier nicht mit den Gründen abgedruckt. Der überwiegende Teil der Gerichte, nämlich acht[1], entschied sich für die Ausdehnung der Schlüsselgewalt auf beide Ehegatten und deren gesamtschuldnerische Haftung. Dazu kommen vier Urteile bzw. Beschlüsse[2], die jedenfalls die Fortgeltung des § 1357 I BGB für die Ehefrau begründeten und weitergehende Stellungnahmen offenlassen konnten. Dem stehen nur zwei Entscheidungen gegenüber, die § 1357 I BGB in der ursprünglichen Fassung anwendeten[3]. Um beurteilen zu können, wie einheitlich oder uneinheitlich die Rechtsprechung zu § 1357 I BGB war, muß berücksichtigt werden, daß im Grunde nur das LG Paderborn[4] als erste der zu § 1357 I BGB veröffentlichten Entscheidungen im Mai 1953 diese Vorschrift

---

1 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155; OLG Celle v. 17.10.1953, in NJW 1954, 156; zwei Amtsgerichte aus der Rechtsprechungsübersicht in Schleswig-Holstein bis zum 23.11.1953 in SchlHA 1953, 280; AG Hamburg v. 20.5.1954 in FamRZ 1955, 137; LG Hamburg v. 11.10.1954 in FamRZ 1955, 137; LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

2 cf. OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260; LG Wiesbaden v. 5.6.1956 in FamRZ 1956, 287; HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

3 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428; LG Berlin v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 320.

4 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428.

unverändert anwendete. E st die letzte der hier vorliegenden Entscheidungen - die des LG Berlin vom Juli 1957[1] - fiel ähnlich aus, dies aber unter dem Eindruck des inzwischen verabschiedeten Gleichberechtigungsgesetzes. Die Rechtsprechung zu § 1357 I BGB war mithin vom Beginn an bis Anfang 1957 weitgehend konstant.

Überwiegend vertrat die Rechtsprechung mit der Ausdehnung der Schlüsselgewalt auf beide Ehegatten und deren gesamtschuldnerischen Haftung eine andere Lösung als später der Gesetzgeber. Dieser gab in § 1357 n.F. BGB die Schlüsselgewalt - wie § 1357 a.F. BGB - nur der Frau, fügte allerdings in § 1357 I a.E. deren subsidiäre Haftung an.

b) Spektrum der Argumente zu § 1357 I BGB

Folgende Entscheidungshilfen lagen den Gerichten vor:

aa) Die Literatur

Die unveränderte Fortgeltung des § 1357 I BGB wurde folgendermaßen begründet:

(1) § 1357 I BGB hänge eng mit dem § 1356 BGB und dem Unterhaltsrecht zusammen. § 1357 BGB sei für die Haushaltsführung der Frau unentbehrlich und im übrigen verständlich aufgrund der Ernährerstellung des Mannes[2].

---

1 LG Berlin v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 320.

2 cf. Bosch, Situation, S. 494; Finke, S. 272; Mohrbutter, S. 324.

(2) Die Modifizierung des § 1357 I BGB in Richtung auf eine Gesamtschuldnerschaft der Ehegatten führe zur Mithaftung des Frauenvermögens und widerspreche somit dem Familieninteresse an der Erhaltung dieser Reserve[1].

(3) Es seien praktische Erwägungen, das Familieninteresse und Interessen an der Sicherheit des Rechtsverkehrs, die die Wirksamkeit des § 1357 I BGB begründeten. Damit liege offen zutage, daß § 1357 I BGB weniger einen Vorteil der Ehefrau begründe als vielmehr auf funktioneller Differenzierung beruhe[2].

Demgegenüber wurde vertreten, § 1357 I BGB sei mit Rücksicht auf die Art. 3 II, 117 GG durch die Einführung einer subsidiären Haftung der Ehefrau zu modifizieren:

(4) Die funktionelle Aufteilung innerhalb der Ehe, die der Ehefrau die Haushaltsführung- und vertretung, dem Mann dagegen nur die Pflichtbelastung aus § 1357 I BGB übertrage, sei mit einem genossenschaftlichen Eheprinzip nicht vereinbar. Beide Ehegatten müßten zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft befugt sein und dementsprechend haften[3].

(5) Die Sicherheit des Verkehrs erfordere, daß (wie im Schweizer Recht) die Ehefrau ebenfalls hafte. Das entspreche auch der sonstigen Lastenverteilung in der Ehe, wo der Mann primär verdiene und die Frau dazu ihren Beitrag leiste[4].

---

1 cf. Bosch, Situation, S. 494.

2 cf. Hoffmann, S. 202 f.; Scheffler, Auslegung, S. 85 f.; Hagemeyer, S. 603 f. bezeichnet die Lösung einer beiderseitigen Schlüsselgewalt mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung als ebensogut vertretbar.

3 cf. Boehmer, S. 389.

4 cf. Boehmer, S. 389.

Schließlich gab es die Meinung, § 1357 I BGB beinhalte aufgrund der Art. 3 II, 117 GG eine beiderseitige Schlüsselgewalt der Ehegatten und ihre gesamtschuldnerische Haftung:

(6) Der Lebens- und Schicksalgemeinschaft Ehe werde diese Lösung am ehesten gerecht[1].

(7) § 1357 I BGB müsse dadurch beeinflußt werden, daß beide Ehegatten nun gleichrangig unterhaltsverpflichtet seien. Da das Institut der Schlüsselgewalt unverzichtbar sei, bleibe nur eine Ausdehnung auf den Ehemann[2].

(8) Nur eine Gesamtschuld der Ehegatten werde den Interessen des Geschäftspartners gerecht[3].

bb) Der Gesetzgeber

Der Regierungs-Entwurf I[4] sah in Teil 1, Art. 3 eine beiderseitige Schlüsselgewalt der Ehegatten und deren Haftung als Gesamtschuldner vor. Die Bundesregierung gab dazu folgende Begründung:

"Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur eine Schlüsselgewalt der Frau. Nach § 1357 BGB ist die Frau berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes zu besorgen und ihn zu vertreten; Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn sich aus den Umständen nicht etwas anderes ergibt. Für die Verbindlichkeiten aus diesen Geschäften haftet nur der Mann. Diese Regelung entspricht der Auffassung des Bürgerlichen Gesetz-

---

1 cf. Arnold, Rechtslage, S. 263 f.; Hagemeyer, S. 603 f. hielt diese Meinung für ebensogut vertretbar wie die Gegenmeinung.

2 cf. Arnold, Rechtslage, S. 263 f.; Dölle, S. 357 f.

3 cf. Arnold, Rechtslage, S. 263 f.; Dölle, S. 357 f.

4 BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode.

buchs, daß in erster Linie der Mann die Familie unterhalten muß. Da nach dem Vorschlage des § 1360 des Entwurfs künftig beide Ehegatten gemeinsam den Unterhalt der Familie zu bestreiten haben, schlägt § 1357 des Entwurfs - den meisten Reformvorschlägen entsprechend - vor, daß beide Ehegatten in gleicher Weise für derartige Schulden aufzukommen haben. Durch eine solche Bestimmung wird auch der Mißstand beseitigt, daß Dritte, die mit der Frau Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, ihre Forderung nicht verwirklichen können, wenn der Mann vermögenslos ist, die Frau aber Vermögen besitzt.

Nach § 1357 BGB kann die Frau zwar den Mann vertreten, nicht aber der Mann die Frau. Diese Regelung wird der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht gerecht. § 1357 des Entwurfs sieht daher vor, daß künftig nicht nur die Frau, sondern auch der Mann Geschäfte für den laufenden Unterhalt der Familie mit verpflichtender Wirkung für beide Ehegatten besorgen kann. Der Vorschlag, es solle in erster Linie der Ehegatte haften, der das Geschäft abgeschlossen hat, der andere Ehegatte aber nur hilfsweise oder beschränkt, ist nicht empfehlenswert, da oft vom Zufall abhängt, welcher Ehegatte das Geschäft geschlossen hat, der Zufall aber die Haftung der Ehegatten nicht beeinflussen darf.

Die in § 1357 BGB für den Umfang der Vertretungsmacht gewählte Fassung "innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises" ist auf die Tätigkeit der Frau zugeschnitten. Da nach dem Vorschlage des Entwurfs das Geschäftsbesorgungsrecht auch dem Manne zusteht, wird diese Fassung durch den Ausdruck "für den laufenden Unterhalt der Familie" ersetzt. Der Umfang der Vertretungsmacht bleibt sachlich der gleiche"[1].

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, S. 46 f.

Vom Bundesrat kamen dazu keine Änderungsvorschläge[1]. Ähnliche Vorstellungen wie der Regierungs-Entwurf I legten die SPD[2] und die FDP[3] vor.

Der Regierungs-Entwurf II behielt zwar die beiderseitige Schlüsselgewalt bei, plante aber nur noch eine subsidiäre Mithaftung der Ehefrau bei Zahlungsunfähigkeit des Mannes[4]. Die Bundesregierung begründete diese Modifizierung vor allem mit dem Hinweis auf § 1360 BGB, wonach der Mann den Familienunterhalt durch Berufsarbeit, die Frau dagegen in erster Linie durch Hausarbeit erbringe. Da also der Mann vorrangig die für den Haushalt erforderlichen Geldmittel zur Verfügung stelle, müsse er auch primär für die Haushaltsschulden haften[5]. Der Bundesrat war mit der nur subsidiären Mithaftung der Ehefrau nicht einverstanden. Die Ehefrau sei ausreichend durch die Möglichkeit des Entzuges der Schlüsselgewalt geschützt. Außerdem werde damit den Gläubigern ein unzumutbares Prozeßrisiko aufgebürdet[6].

cc) Weitere Entscheidungshilfen waren u.a. den Verhandlungen des 33., 36. und 38. Deutschen Juristentages (1950) zu entnehmen[7].

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

Im folgenden ist auf die Entscheidungsgründe im einzelnen

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Anlage A, S. 2.

2 cf. BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I, Ziffer 7.

3 cf. BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

4 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. 1, Ziffer 5.

5 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, S.30

6 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Anlage 2, S. 83.

7 cf. Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages, 1950, Bürgerlich-Rechtliche Abteilung, B 35 f.

einzugehen.

aa) Die zwei die Fortgeltung des § 1357 I BGB bejahenden Entscheidungen

Zur Argumentation der zwei die Fortgeltung des § 1357 I BGB begründenden Entscheidungen ist festzustellen:

Beide Gerichte[1] stützten sich auf die Argumente (1) und (3)[2], Gegenargumente wurde nicht wiedergegeben. Das LG Paderborn[3] brachte zu § 1357 I BGB keine Zitate, das LG Berlin[4] zitierte ablehnend den "Palandt" und verwies zur Bekräftigung der eigenen Auffassung auf das inzwischen verabschiedete Gleichberechtigungsgesetz. Methodisches Vorgehen ist nicht erkennbar. Aus den drei von der Literatur angebotenen Argumenten[5] wurden zwei herausgepickt. Entscheidender Aspekt war für das LG Paderborn[6] ein Bedürfnis des praktischen Lebens. Das LG Berlin[7] knüpfte vor allem an das neue Gleichberechtigungsgesetz, die §§ 1357, 1360 n.F., an.

---

1 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428; LG Berlin v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 320/321.

2 cf. oben S. 45 f.

3 LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428.

4 LG Berlin v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 320/321.

5 cf. S. 45 f.

6 LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428.

7 LG Berlin v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 320/321.

bb) Die Gruppe der vier Entscheidungen, die den § 1357 I BGB jedenfalls weiterhin auf die Ehefrau anwendeten und im übrigen die Streitfrage offen lassen konnten

Die Analyse der Argumentation der vier Entscheidungen, die den § 1357 BGB jedenfalls auf die Geschäfte der Ehefrau anwendeten und ansonsten die Streitfrage offen ließen[1], ergibt:

Nur der Beschluß des OLG Kölns[2] enthielt eine Begründung in Form der obigen Aspekte (1) und (3)[3]. Die übrigen drei Gerichte argumentierten mit der ganz überwiegenden Meinung[4] bzw. wiesen schlicht darauf hin, daß auf Streitfragen nicht einzugehen sei[5]. Auseinandersetzungen mit Gegenargumenten konnten unterbleiben, da damals von kaum jemandem der ersatzlose Fortfall des Institutes der Schlüsselgewalt vertreten wurde. Bei den Zitaten ist das Bild ähnlich. Das OLG Köln[6] gab mit zehn Literaturhinweisen und der Wiedergabe der Meinungen des Regierungs-Entwurfs und des SPD-Entwurfs einen Überblick über den Meinungsstreit, während die übrigen Gerichte ihrer Entscheidung keinen[7] oder wenige Hinweise anfügten[8]. Die Gerichte gingen methodisch davon aus, daß es auf den ansonsten zu § 1357 I BGB bestehenden Meinungsstreit nicht ankomme, eine argumentative Auseinandersetzung mithin unterbleiben könne. Hier lag auch der Schwerpunkt

---

1 cf. OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260/261; LG Wiesbaden v. 5.6.1956 in FamRZ 1956, 287; HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

2 OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6.

3 cf. oben S. 45 f.

4 cf. AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260/261; LG Wiesbaden v. 5.6.1956 in FamRZ 1956, 287.

5 cf. HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

6 OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6.

7 HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

8 cf. AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260/261; LG Wiesbaden v. 5.6.1956 in FamRZ 1956, 287.

der Entscheidungsbegründung. Nur das OLG Köln[1] stellte zusätzlich die Unverzichtbarkeit des Institutes der Schlüsselgewalt aus praktischen Erwägungen des Rechtsverkehrs in den Vordergrund.

cc) Die sieben Entscheidungen, die den § 1357 I BGB auf den Ehemann ausdehnten und eine gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten vertraten

Eine Aufschlüsselung der Entscheidungen, die die Ausdehnung der Schlüsselgewalt auf beide Ehegatten mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung vertraten[2], muß darunter leiden, daß nur drei dieser Urteile[3] in den Gründen veröffentlicht sind.

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Diese Gründe waren wenig umfangreich. Das LG Lüneburg[4] stellte fest, § 1357 I BGB verstoße "zweifellos" gegen Art. 3 II GG, um dann zugunsten der eigenen Lösung praktische Bedrüfnisse der ehelichen Gemeinschaft anzugeben. Das

---

1 OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6.

2 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155; OLG Celle v. 17.10. 1953 in NJW 1954, 156; laut Rechtsprechungsübersicht in Schleswig-Holstein bis zum 23.11.1953 zwei weitere Amtsgerichte in SchlHA 1953, 280; AG Hamburg v. 20.5.1954 in FamRZ 1955, 137; LG Hamburg v. 11.10.1954 in FamRZ 1955, 137; LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

3 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1943, 1351; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155; LG Oldenburg v. 25. 5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

4 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351/1352.

OLG Schleswig[1] und das LG Oldenburg[2] führten den obigen Aspekt (7) an, das letztere Gericht brachte darüberhinaus das Argument (8)[3].

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Gegenargumente wurden nicht wiedergegeben.

(3) Zitate

Das LG Lüneburg[4] verwies auf den Regierungs-Entwurf und den SPD-Entwurf. Ansonsten fehlten Zitate. Das LG Oldenburg[5] und das OLG Schleswig[6] führten vier Zitate im Sinne der eigenen Meinung an (darunter das LG Oldenburg auch die beiden Regierungs-Entwürfe). Hinweise auf die Gegenmeinung fehlten weitgehend. Nur das LG Oldenburg verwies auf die abweichende Entscheidung des LG Paderborn[7].

(4) Das entscheidende Argument

Der Argumentationsschwerpunkt war ähnlich. Alle drei Gerichte rückten die praktischen Bedürfnisse des Ehe- und Familienlebens in den Vordergrund[8].

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Eine Abgrenzung zum Gesetzgeber erfolgte in der Rechtsprechur

---

1 OLG Schleswig v. 8.10. 1953 in NJW 1954, 155.

2 LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

3 cf. oben S. 47.

4 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351/1352.

5 LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

6 OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155.

7 LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

8 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; LG Oldenburg v. 15.5.1956 in Rpfleger 1956, 167; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155.

zu § 1357 I BGB nicht und zwar auch nicht in den veröffentlichten Entscheidungen, die den § 1357 I BGB auf beide Ehegatten mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung ausdehnten[1].

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1357 I BGB

Die Rechtsprechung zu § 1357 I BGB war im Ergebnis weitgehend einheitlich und erfuhr erst unter dem Eindruck des verabschiedeten Gleichberechtigungsgesetzes eine Wandlung. Der Versuch einer Standortbestimmung im Verhältnis zum Gesetzgeber unterblieb. Dies verwundert mindestens bezüglich der Entscheidungen, die den § 1357 I BGB auf beide Ehegatten mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung ausdehnten. Damit unterblieb auch die Überlegung, ob nicht eine "sparsamere", die bisherige Regelung des § 1357 I BGB weniger verändernde Lösung dem Gebot des Art. 3 II GG genügen konnte. Dabei ist zu berücksichtigen, daß man zur nunmehr gegenseitigen gleichrangigen Unterhaltspflicht der Ehegatten durchaus vertreten konnte, die Ehefrau erfülle diese Pflicht in erster Linie durch die Haushaltsführung und Personensorge. Mindestens bei traditioneller ehelicher Funktionsteilung war somit weder die Ausdehnung der Schlüsselgewalt auf den Ehemann noch die Annahme einer Gesamtschuld durch Art. 3 II GG zwingend geboten.

Hinzu kommt, daß die drei Gerichte, die in den veröffentlichten Entscheidungen den § 1357 I BGB in der genannten

---

1 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155.

Weise modifizieren wollten[1], gar nicht ernsthaft erwogen, inwieweit § 1357 I BGB eigentlich nicht dem Art. 3 II GG genügte. Vielmehr wurde in den Gründen vor allem auf die praktischen Bedürfnisse des Ehe- und Familienlebens bzw. auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs Bezug genommen. Diese Gesichtspunkte stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur eventuellen Diskriminierung des männlichen oder weiblichen Geschlechts durch § 1357 I a.F. BGB. Es hätte für die Gerichte also naheliegen können, zu erörtern, ob ihre Gründe aus den Art. 3 II, 117 GG ableitbar waren oder ob sie nicht nur für die Gesetzgebungskörperschaften relevant sein konnten.

Ebenso wie der Versuch einer Abgrenzung zum Gesetzgeber unterblieb, fehlte in der Argumentation der Gerichte ein klares Vorgehen. Einzelne Gesichtpunkte wurden zur Stützung der eigenen Meinung wiedergegeben. Die Argumentation war in keinem Fall vollständig. Gegenargumente fehlten völlig und zwar auch zu Beginn der Rechtsprechung, als nicht einmal stillschweigend unterstellt werden konnte, man vertrete eine herrschende Meinung und könne sich eine argumentative Auseinandersetzung sparen. Zumeist wurden nicht einmal Zitate der Gegenmeinung angefügt. Auffallend ist schließlich, daß die praktischen Bedürfnisse des Ehe- und Familienlebens im Vordergrund fast aller Entscheidungen standen. Dies ist aus der Funktion des § 1357 I BGB erklärlich. Unter dem Aspekt des Art. 3 II GG ist der Argumentationsschwerpunkt nicht verständlich.

5. Die Rechtsprechung zu § 1357 II BGB

Der Wortlaut des § 1357 II BGB am 1.4.1953:

"Der Mann kann das Recht der Frau beschränken oder ausschließen. Stellt sich die Beschrä kung

---

1 cf. LG Lüneburg v.9.7.1953 in NJW 1954, 1351; LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167; OLG Schleswig v. 8.10. 1953 in NJW 1954, 155.

> oder die Ausschließung als Mißbrauch des Rechtes des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden. Dritten gegenüber ist die Beschränkung oder die Ausschließung nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam".

Einige der zu § 1357 I BGB angeführten Entscheidungen behandelten auch den § 1357 II BGB[1].

a) Überblick

Die sechs Urteile[2] zu § 1357 II BGB sahen einheitlich den Fortbestand der Möglichkeit vor, die Schlüsselgewalt zu entziehen. Vier der Gerichte[3] gingen auf die Frage ein, ob das Vormundschaftsgericht nun schon bei der Entziehung der Schlüsselgewalt eingeschaltet werden sollte. Alle vier Gerichte lehnten diese Modifizierung des § 1357 II BGB ab. Dies entsprach auch dem späteren § 1357 n.F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

b) Spektrum der Argumente zu § 1357 II BGB

Zu beiden angedeuteten Fragen gab es Stellungnahmen in der Literatur und durch den Gesetzgeber.

---

1 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428; LG Lüneburg v.9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Schleswig v. 8.10. 1953 in NJW 1954, 155; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260; HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

2 cf. Zitate in Fußnote 1.

3 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

aa) Die Literatur

Dazu wurde in der Literatur vertreten:

(1) § 1357 II BGB gelte unverändert fort. Soweit allerdings eine Ausdehnung des § 1357 I BGB auf beide Ehegatten erforderlich sei, müsse dies auch für § 1357 II BGB gelten. § 1357 II BGB sei notwendiges Korrelat zu Abs. I. Eine Ausdehnung des § 1357 I BGB auf den Ehemann bei atypischer Funktionsteilung in der Ehe müsse daher eine entsprechende Modifikation des Abs. II zur Folge haben[1].

(2) Vorschläge der Literatur zur weitergehenden Veränderung des § 1357 II BGB sahen u.a. die Monopolisierung des Entzuges der Schlüsselgewalt beim Vormundschaftsgericht vor mit der Begründung, andernfalls werde der betroffene Ehepartner diskriminiert[2].

bb) Der Gesetzgeber

Der Regierungs-Entwurf I[3] und der Entwurf der FDP[4] wollten die Entziehung der Schlüsselgewalt dem Vormundschaftsgericht übertragen. Die Bundesregierung begründete ihren Entwurf wie folgt:

"Da nunmehr beiden Ehegatten das Geschäftsbesorgungsrecht zustehen soll, muß j e d e r Ehegatte die Beschränkung oder Ausschließung der Vertretungsmacht des anderen Ehegatten herbeiführen können. § 1357 II des Entwurfs gibt ihnen diese Möglichkeit; er beschränkt die Ehegatten aber auf ein Antragsrecht. Die Beschränkung oder Ausschließung

---

1 cf. Arnold, Rechtslage, S. 263 f.; Hoffmann, S. 202 f.

2 Boehmer, S. 389; Bosch, Situation, S. 494.

3 BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

4 BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

selbst soll der Vormundschaftsrichter aussprechen, weil diese Maßnahme in erheblichem Umfange in die Rechte der Ehegatten eingreift. Das Vormundschaftsgericht kann die Beschränkung oder Ausschließung nach § 1357 II 2 des Entwurfs auch durch eine einstweilige Anordnung beschließen; es erscheint zweckmäßig, dies zuzulassen, um der Gefahr zu begegnen, daß ein Ehegatte durch mißbräuchliche Ausübung seiner Vertretungsmacht bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts das Vermögen des anderen Ehegatten schädigt"[1]

Der Bundesrat machte dazu keine Änderungsvorschläge[2]. Der SPD-Entwurf[3] und der Regierungs-Entwurf II[4] sahen demgegenüber eine weitgehend dem § 1357 II a.F. entsprechende Regelung vor. Die Bundesregierung war nunmehr der Auffassung, Art. 3 II GG gebiete die - in ihrem I. Entwurf vorgesehene - vorzeitige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts nicht. Außerdem sei es zweifelhaft, ob es nicht auch sachdienlicher sei, das Gericht erst dann einzuschalten, wenn sich ein Ehegatte mit der Maßnahme des anderen nicht abfinden wolle[5]. Auch gegenüber dieser neuen Konzeption der Bundesregierung kamen keine Änderungsanträge durch den Bundesrat[6].

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung zu § 1357 II BGB wurde u.a. zu den Fragen Stellung genommen, ob das Recht der Beschränkung

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 2. Wahlperiode, S. 47.

2 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Anlage A, S. 2.

3 BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I Ziffer 7.

4 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. 1 Ziffer 5

5 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, S. 30.

6 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Anlage 2, S. 83.

bzw. Entziehung der Schlüsselgewalt fortbestehen sollte bzw. ob in diesem Zusammenhang das Vormundschaftsgericht sofort einzuschalten sei.

aa) Zum Fortbestand des Rechts der Beschränkung und Entziehung der Schlüsselgewalt

Den Fortbestand des Entziehungsrechts belegten vier Gerichte[1] mit dem Hinweis auf das unter (1)[2] dargelegte Argument (gleichzeitig das entscheidende Argument). Drei Gerichte[3] wiesen auf die aus der Ausdehnung des § 1357 I und II BGB resultierende Rechtsgleichheit für beide Ehegatten hin, die nicht gegen Art. 3 II GG verstoßen könne. Ebensowenig wie in der Literatur wurden in diesem Zusammenhang Gegenargumente erörtert. Zitate fanden sich im Sinne der vertretenen Auffassung in allen sechs Entscheidungen[4].

bb) Zur Frage der vorzeitigen Einschaltung des Vormundschaftsgerichts

Vier der Gerichte[5] setzten sich mit der Modifizierung des § 1357 II BGB durch vorzeitige Einschaltung des Vormundschaf-

---

1 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260/261; HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

2 cf. oben S. 57.

3 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL 1954, 6; HansOLG Hamburg v. 14.9. 1956 in MDR 1957, 164.

4 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428; LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351;OLG Schleswig v. 8.10. 1953 in NJW 1954, 155; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260; HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 in MDR 1957, 164.

5 cf. die Zitate in Fußnote 4 mit Ausnahme des HansOLG Hamburg v. 14.9.1956 und das LG Paderborn v. 15.5.1953.

gerichts auseinander.

(1) Argumente zur Stützung der vertretenen Auffassung

Ohne Begründung blieb insoweit die Entscheidung des OLG Schleswig[1]. Die übrigen drei Gerichte[2] begründeten ihre Ansicht vor allem damit, die Übertragung der Entziehung der Schlüsselgewalt auf das Vormundschaftsgericht gehe über die Grenzen richterlicher Rechtsumbildung hinaus und sei ausschließlich Sache des Gesetzgebers. Diese Darlegung, die mehr Behauptung als Argumentation enthielt, wurde nur vom OLG Köln[3] spezifiziert, im Interesse der Rechtssicherheit sei § 1357 II BGB nicht weiter zu modifizieren als aus Art. 3 II GG unbedingt erforderlich sei.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Die Gegenmeinung kam andeutungsweise beim LG Lüneburg[4] und beim OLG Köln[5] zum Ausdruck, indem auf den Regierungs-Entwurf I hingewiesen wurde[6], der vorsah, die Entziehung der Schlüsselgewalt dem Vormundschaftsgericht zu übertragen[7].

---

1 OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155.

2 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

3 OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6/7.

4 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351.

5 OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6.

6 Natürlich kann man den Regierungs-Entwurf I nicht zur Genehmigung im eigentlichen Sinne rechnen, da er mehr reformieren wollte und nicht nur die strikte Verwirklichung des Art. 3 II GG intendierte.

7 BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

(3) Zitierweise

Das AG Bonn[1] gab insoweit ein Literatur-Zitat wieder. Die Entscheidungen unterstützten ansonsten mit Ausnahme des LG Lüneburg[2] ihre Ausführungen durch Literaturhinweise[3] oder Hinweise auf den SPD-Entwurf[4].

(4) Das entscheidende Argument

Als entscheidendes Argument ist allgemein die Grenzziehung gegenüber dem Gesetzgeber erkennbar.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Die vorzeitige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts bei der Beschränkung oder der Entziehung der Schlüsselgewalt wurde abgelehnt. Nach Auffassung der sich dazu äußernden Gerichte[5] war diese Modifikation nur dem Gesetzgeber zugewiesen. Damit ließen diese drei Gerichte den Versuch einer Abgrenzung zum Gesetzgeber erkennen, ohne allerdings offen zu legen, wieso gerade hier die Grenze verlaufen solle.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1357 II BGB

Die Rechtsprechung zu § 1357 II BGB war sowohl in der Frage des Fortbestandes des Rechtes zur Entziehung der Schlüsselgewalt wie in der Ablehnung der frühzeitigen Einschaltung

---

1 AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

2 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351.

3 cf. LG Paderborn v. 15.5.1953 in MDR 1953, 428; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

4 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6.

5 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6; AG Bonn v. 3.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

des Vormundschaftsgerichtes einhellig. Zum Fortbestand des Entziehungsrechts erfolgte in der Regel eine kurze Begründung. Eine gewichtige Gegenmeinung existierte in der Rechtsprechung und Literatur nicht. Dementsprechend unterblieb insoweit eine Auseinandersetzung. Hingegen gab es Stimmen in der Literatur, die das Vormundschaftsgericht bereits bei der Entziehung der Schlüsselgewalt einschalten wollten. Die in der Ablehnung der Monopolisierung der Entziehung der Schlüsselgewalt beim Vormundschaftsgericht einhellige Rechtsprechung berief sich demgegenüber als entscheidendes Argument auf z.T. nicht näher dargelegte Grenzen richterlicher Rechtsumbildung, ohne ansonsten auf die Argumentation der Gegenmeinung einzugehen. Es unterblieben auch entsprechende Zitate.

Es lag bei dieser Schwerpunktbildung nahe darzulegen, warum die richterliche Rechtsumbildung gerade in diesem Punkt ihre Grenze finden sollte. Ensprechende Ausführungen fanden sich auch in den Entscheidungen des OLG Köln[1] und des LG Lüneburg[2]. Man erklärte, § 1357 II BGB a.F. beinhalte angesichts seiner Ausdehnung auf den Ehemann bei atypischer Funktionsteilung keine Benachteiligung eines Geschlechtes. Von diesem Standpunkt aus konnten die Gerichte argumentieren, daß die gegenüber § 1357 II BGB a.F. vorzeitige Einschaltung des Vormundschaftsgerichtes keine Frage des Art. 3 II GG sei und damit insoweit kein Auftrag zur richterlichen Rechtsumbildung bestehe. In diesen Urteilen wurde das bereits 1953 vorhandene Selbstverständnis dieser Gerichte deutlich, eben nicht für einen Zeitraum den Gesetzgeber zu ersetzen, sondern eine bestimmte durch Art. 3 II, 117 GG den Gerichten übertragene Aufgabe zu bewältigen, ohne darüberhinaus der Versuchung erliegen zu wollen,

---

1 OLG Köln v. 20.10.1953 in JMBL NRW 1954, 6.
2 LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351.

jeden gesetzesreformerischen Gedanken auch sofort in die Rechtsprechung zu übernehmen.

Trotz der Einheitlichkeit des Argumentationsschwerpunktes in der Frage der vorzeitigen Einschaltung des Vormundschaftsgerichts ist nicht ganz verständlich, warum die Gegenmeinung kaum einmal wenigstens in Zitaten nachgewiesen wurde.

6. Die Rechtsprechung zu § 1360 BGB

> Der Wortlaut des § 1360 BGB am 1.4.1953:
>
> "Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren.
>
> Die Frau hat dem Manne, wenn er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren.
>
> Der Unterhalt ist in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1605, 1613 bis 1615 finden entsprechende Anwendung".

a) Überblick

Diese Rechtsprechung enthält dreizehn Entscheidungen. Davon wurden zehn vollständig abgedruckt[1] und drei nur im Leit-

---

1 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132 f.; OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in Fam RZ 1958, 16; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284; LGerG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503

satz oder im Ergebnis veröffentlicht[1]. Die Urteile und Beschlüsse waren im Ergebnis nicht ganz einheitlich. Zwei Gerichte sprachen sich für die Ausdehnung des in § 1360 II BGB enthaltenen Gedankens auf die Unterhaltspflicht beider Ehegatten aus[2]. Vier Gerichte ließen ebenso deutlich die Auffassung erkennen, es sei nur § 1360 I BGB auf beide Ehegatten anzuwenden[3]. Dabei ist anzumerken, daß zwei dieser Gerichte[4] diese Meinung in der ersten Hälfte des Jahres 1958 unter dem Eindruck des Gleichberechtigungsgesetzes äußerten. Das Gleichberechtigungsgesetz enthielt in § 1360 n.F. eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten ohne Rücksicht auf ihre Fähigkeiten, sich selbst zu unterhalten.

Die übrigen Urteile und Beschlüsse gingen weitgehend von einer gegenseitigen Unterhaltspflicht der Eheleute aus[5], ohne die angedeutete Kontroverse anzusprechen. Hier lag auch der gemeinsame Nenner aller zu § 1360 BGB veröffentlichten Entscheidungen. Streitig war eben nur, ob die Unterhaltspflicht zwischen den Ehegatten immer bestehen sollte oder nur soweit, wie der Partner zum Selbstunterhalt außer-

---

1 cf. OLG Oldenburg v. 28.4.1953 in NJW 1953, 909; LG Krefeld v. 6.5.1953 in Anm. zu Nr. 17 in NJW 1953, 909; OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105.

2 cf. OLG Oldenburg v. 28.4.1953 in NJW 1953, 909; LG Krefeld v. 6.5.1953 in Anm. zu Nr. 17 in NJW 1953, 909.

3 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132 f.; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.; LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503.

4 BayObLG und LSozG Celle, aaO. Fußnote 3.

5 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.

stande war. Gerade diese Frage konnte in den zuletzt genannten Entscheidungen offen bleiben. Ursache dafür war, daß vier Gerichte[1] letztlich über eheliche Unterhaltspflichten bei getrennt lebenden Eheleuten zu entscheiden hatten, wobei dann für die Frage der Pflicht zum Selbstunterhalt die Vorschrift des § 1361 BGB heranzuziehen war und der Streit offen bleiben konnte, ob von § 1360 I oder II BGB auszugehen war. Ebenso konnte diese Frage in den drei BGH-Entscheidungen[2] unbeantwortet bleiben.

Der in sechs von dreizehn Entscheidungen ausgetragene Streit, ob und inwieweit die Pflicht zum Selbstunterhalt die gegenseitige Unterhaltspflichten zwischen den Ehegatten begrenzen konnte, erzeugte keine starke Rechtsunsicherheit. Es ist vielmehr festzustellen, daß Ehefrauen, die seit 1953 ihren Unterhaltsanspruch gerichtlich durchsetzen wollten, mit einem Klageerfolg mindestens dann rechnen konnten, wenn sie den Haushalt führten und Kinder zu erziehen hatten. Die auch durch den BGH nicht beseitigte Unsicherheit, ob der Abs. I oder II des § 1360 BGB zu generalisieren sei, vermochte sich praktisch nur gering auszuwirken, da in der Rechtsprechung erkennbar die vorgenannte Tendenz vorherrschte, die Frau mit der Führung des gemeinsamen Haushaltes als ausgelastet anzusehen und - selbst wenn man § 1360 II auf den Anspruch der Ehefrau ausdehnen wollte - die Pflichten der Ehefrau auf diese Haushaltstätigkeit - ohne eine Pflicht zum weitergehenden Selbsterwerb - zu beschränken.

---

1 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4. 1954 in FamRZ 1955, 105; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82.

2 BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in FamRZ 1958, 16.

b) Spektrum der Argumente zu § 1360 BGB

Zunächst sind wieder die schon 1953 in der Rechtswissenschaft erörterten Sachargumente darzustellen.

aa) Die Literatur

In der Literatur vertrat man zu Beginn der Rechtsprechung im Jahre 1953 z.T. die Ansicht, die Ehegatten treffe eine gegenseitige Unterhaltspflicht unter Berücksichtigung der familiären Funktionsteilung ohne Rücksicht darauf, ob sich ein Gatte selbst unterhalten könne oder nicht.

(1) Man begründete dies einmal damit, die bisherige Regelung des § 1360 BGB beruhe auf der Auffassung, der Mann sei als Familienoberhaupt primär unterhaltspflichtig. Diese Anschauung sei mit den Art. 3 II, 117 GG unvereinbar[1].

(2) Weiter wurde angeführt, der Ehemann stehe beim alten gesetzlichen Güterstand und bei Gütertrennung schlechter da als die Ehefrau, die ihr Vermögen nicht angreifen müsse und der auch grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werde[2].

(3) Eine Erwerbstätigkeit sei von der Ehefrau grundsätzlich nicht zu verlangen, da sie, soweit sie den Haushalt führe, damit ihre Unterhaltspflichten erfülle und andernfalls einer ungerechtfertigten Doppelbelastung unterliege[3].

---

1 cf. Arnold, Kommentar, § 1360, Anm. 2 f.; Finke, Rechtsverhältnis, S. 611 f.; Hagemeyer, S. 604 f.; Hoffmann, S. 201 f.

2 cf. Hoffmann, S. 201 f.

3 cf. Bosch, Situation, S. 490 f.; Palandt-Lauterbach, 11. Aufl., Vorbem. B zu § 1360.

(4) Die Auffassung, daß eine Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander nur bestehe, wenn sich ein Gatte nicht selbst unterhalten könne, werde der ehelichen Lebensgemeinschaft, so wie sie sich in § 1353 BGB darstelle, nicht gerecht. Beide Partner müßten sich dafür einsetzen[1].

(5) Meinungsverschiedenheiten bestanden in der Literatur in der Frage, ob eine gegenseitige Unterhaltspflicht für beide Ehepartner unabhängig von der Fähigkeit des anderen bestehen sollte, sich selbst zu unterhalten oder ob nicht nur die Ehefrau, soweit sie den Haushalt führte, ohne Rücksicht auf ihre Erwerbsfähigkeit unterhaltsberechtigt sein sollte. Man begründete die letztere Auffassung damit, die Ehefrau habe den Haushalt zu führen gem. § 1356 BGB. Um eine Doppelbelastung zu vermeiden, sei bei ihr nicht auf ihre Erwerbsfähigkeit abzustellen. Der Ehemann stehe dagegen im Beruf. Er habe nur einen Unterhaltsanspruch, wenn er sich nicht selbst unterhalten könne. Funktionelle Unterschiede würden diese Differenzierung rechtfertigen[2].

Bei genauerem Hinsehen war die Meinungsverschiedenheit jedoch nur gering. Die Pflicht zur Haushaltsführung wurde von der unter (1) bis (4) angeführten Meinung[3] als Hauptgegenstand der Unterhaltspflicht der Ehefrau dargestellt, während Bosch[4] wohl bei beiden Gatten den Unterhalt in Geld

---

1 cf. Arnold, Kommentar, § 1360, Anm. 2 f.
2 cf. Bosch, Situation, S. 490 f.
3 cf. oben S. 66 f.
4 cf. Bosch, Situation, S. 490 f.

meint. Nach beiden Auffassungen war die Ehefrau zur Haushaltsführung und der Ehemann zum Gelderwerb ohne Rücksicht auf Möglichkeiten zum Selbstunterhalt des jeweils anderen Partners verpflichtet.

bb) Der Gesetzgeber

Die beiden Regierungsentwürfe[1] und der Entwurf der FDP[2] sahen eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten vor. Die Ehefrau sollte diese Pflicht in der Regel durch die Führung des Haushaltes erfüllen und nur ausnahmsweise zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet sein, wenn die Arbeitskraft des Mannes und die Vermögenseinkünfte der Ehegatten nicht ausreichten. Die Bundesregierung begründete ihre Vorschläge folgendermaßen:

" Das Bürgerliche Gesetzbuch gliedert die Verpflichtung, den Unterhalt der Familie zu bestreiten, in zwei selbständige Verbindlichkeiten auf, in die Verpflichtung zur Leistung des Unterhalts im engeren Sinne (§ 1360 BGB) und in die weitere Verpflichtung, den ehelichen Aufwand zu tragen. Die Verpflichtungen treffen grundsätzlich den Ehemann. Nach § 1360 BGB muß der Mann die Frau unabhängig von ihrer Bedürftigkeit unterhalten; die Frau braucht dem Manne jedoch nur dann Unterhalt zu gewähren, wenn dieser außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Bei der Verpflichtung, den ehe-

---

1 cf. Regierungsentwurf I v. 23.10.1952 in BT-Drucksache 3802/52, 1. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3 und Regierungsentwurf II v. 29.1.1954 in BT-Drucksache 224/53, 2. Wahlperiode, Art. 1, Ziffer 7.

2 BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

lichen Aufwand zu tragen, ist der Mann, insbesondere beim gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung und bei der Gütertrennung, schlechter gestellt als die Frau. Er hat den ehelichen Aufwand zu tragen (§ 1389 I, 1427 I BGB). Bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung stehen ihm allerdings die Nutzungen des eingebrachten Guts der Frau zur Verfügung, und er kann, soweit diese keinen angemessenen Beitrag darstellen, von der Frau verlangen, daß sie ihm einen solchen Beitrag aus den Einkünften ihres Vorbehaltsguts leistet (§ 1371 BGB). Die Frau braucht aber, im Gegensatz zum Manne, den Stamm ihres Vermögens nicht anzugreifen und ihre Erwerbsfähigkeit nicht auszunutzen (vgl. § 1371 BGB in Verbindung mit 1427 II BGB). Auch bei der Gütertrennung kann der Mann nicht verlangen, daß die Frau aus ihrem Vermögensstamm zum Unterhalt beiträgt oder ihre Arbeitskraft verwertet (§ 1427 II BGB).

Diese Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs beruhen auf der grundsätzlichen Einstellung, daß der Mann das Haupt der Familie ist und daß ihn deshalb in erster Linie die Verpflichtung treffen muß, für den Unterhalt der Familie zu sorgen (vgl. Motive Band IV, S. 123). Sie lassen sich mit Art. 3 II GG nicht vereinbaren. Der Entwurf muß daher die Verpflichtung der Ehegatten, den Unterhalt der Familie zu bestreiten, im Sinne der Gleichberechtigung der Geschlechter neu regeln.

§ 1360 I des Entwurfs schlägt vor, zu bestimmen, daß b e i d e E h e g a t t e n n a c h M a ß g a b e i h r e r A r b e i t s k r a f t u n d d e r E i n k ü n f t e i h r e s V e r m ö g e n s d e n a n g e m e s s e n e n U n t e r h a l t d e r F a m i l i e z u b e s t r e i t e n h a b e n ; den Stamm ihres Vermögens brauchen sie, sofern nicht die Voraussetzungen des Abs. I vorliegen, nicht anzugreifen.

Die Unterscheidung zwischen der Unterhaltsverpflichtung im engeren Sinne (§ 1360 BGB) und der bisher bei den einzelnen Güterständen geregelten Verbindlichkeit, den ehelichen Auf-

wand zu tragen, wird aufgegeben. Sie findet sich auch nicht im ausländischen Recht und stellt eine Aufspaltung eines soziologischen Einheitsbegriffs dar (Boehmer in MDR 1950, S. 390).

Der Entwurf versteht unter dem Unterhalt der Familie auch den Unterhalt für die gemeinsamen Kinder. Auch insoweit soll eine gegenseitige Verpflichtung der Ehegatten bestehen. Die Unterhaltsansprüche der Kinder gegen ihre Eltern sind in den §§ 1601 ff. BGB geregelt.

Wenn beiden Ehegatten die Verpflichtung auferlegt wird, für den angemessenen Unterhalt der Familie zu sorgen, so muß berücksichtigt werden, daß die Frau häufig durch die Führung des Haushalts voll in Anspruch genommen wird und einer Berufstätigkeit nicht nachgehen kann. Sie wird auch im Allgemeinen kein ausreichendes Vermögen haben, um aus diesen Einkünften einen angemessenen Beitrag zum Unterhalt der Familie beisteuern zu können. Deshalb sieht § 1360 III 1 des Entwurfs vor, daß die Frau ihre Verpflichtung, nach Maßgabe ihrer Arbeitskraft den Unterhalt der Familie zu bestreiten, in der Regel dadurch erfüllt, daß sie das gemeinschaftliche Hauswesen leitet und, soweit dies nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich ist, im Haushalt arbeitet.

Während der Entwurf ein Recht der Frau zur Berufstätigkeit grundsätzlich anerkennt, besteht eine Verpflichtung hierzu in der Regel nicht. Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, zum angemessenen Unterhalt der Familie beizutragen (Abs. I), in der Regel durch ihre Arbeit im Haushalt. Beruflich muß sie nur dann tätig sein, wenn die Arbeitskraft des Mannes und die Vermögenseinkünfte beider Ehegatten zum angemessenen Unterhalt der Familie nicht ausreichen (Abs. III 2). Auch in diesem Fall besteht für die Frau eine Pflicht, einen Beruf auszuüben, nur im Rahmen des Zumutbaren.

§ 1360 des Entwurfs verlangt, worauf ausdrücklich hingewiesen sein soll, nicht etwa, daß beide Ehegatten einen gleichhohen Beitrag zum Unterhalt der Familie leisten. Dies wird auch durch das Grundgesetz nicht gefordert. Dem Grundsatz der Gleichberechtigung wird genügt, wenn jeder Ehegatte nach Maßgabe seiner Erwerbs- und Vermögensverhältnisse zum Unterhalt der Familie beiträgt. Es ist mit dem Grundsatz vereinbar, wenn der Ehegatte, der einen höheren Arbeitslohn erhält oder größere Vermögenseinkünfte hat, verpflichtet wird, für den Unterhalt der Familie mehr aufzuwenden als der andere Ehegatte, der ein geringeres Einkommen hat.

Der Entwurf schließt nicht aus, daß die Ehegatten die für den Unterhalt der Familie erforderlichen Mittel in anderer Weise aufbringen, als es § 1360 vorsieht"[1].

Gegenüber dem Regierungs-Entwurf II, der generell vorschrieb, daß die Ehefrau ihre Unterhaltspflichten durch die Haushaltsführung erfüllen sollte, schlug der Bundesrat u.a. vor, diese Konstellation nur als - individuell abänderbaren - Regelfall zu normieren[2]. Der SPD-Entwurf betonte stärker eine austauschbare Rollenverteilung zwischen den Ehegatten[3]. Bei der Erfüllung der Unterhaltspflichten sollte generell - also für beide Ehegatten - eine Tätigkeit für Haushalt und Familie berücksichtig werden. Die Unterhaltspflichten sollten sich im übrigen nach Lebensstellung, Vermögen und Erwerbsfähigkeit richten.

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, S. 47 f. Die Gründe zum Regierungsentwurf II v. 29.1.1954 in BT-Drucksache 224/53 , 2. Wahlperiode, S. 30 brachten keine neuen Gesichtspunkte.

2 cf. BT-Drucksache 224/52 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Anlage 2, S. 84.

3 cf. BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I, Ziffer 9.

cc) Weitere Entscheidungshilfen

Weitere Entscheidungshilfen lieferten auch hier u.a. die Verhandlungen des 33., 36. und 38. Deutschen Juristentages (1950)[1].

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

Nach der Darlegung der wichtigsten Entscheidungshilfen ist wieder das methodische Vorgehen der Gerichte darzustellen.

aa) Die Gruppe der vier Entscheidungen[2], die den § 1360 I BGB auf beide Ehegatten ausdehnen wollten

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Das OLG Braunschweig[3] und das SchlHOLG[4] gaben zur Begründung die Argumente (1), (3) und (4)[5] wieder. Das BayObLG[6] und das LSozG Celle[7] verwiesen ausschließlich auf den § 1360 n.F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Keines der vier Urteile ließ erkennen, daß in Rechtsprechung und Literatur z.T. andere Ansichten vertreten wurden. Da-

---

1 cf. Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages (1950), Bürgerlich-Rechtliche Abteilung, Teil B, S. 35 (Referat Ulmer).

2 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132 f.; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.; LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503.

3 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRPfl 1953, 198.

4 SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1955, 132 f.

5 cf. oben S. 66 f.

6 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.

7 LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503.

rauf wurde weder mit Argumenten noch mit Zitaten eingegangen.

(3) Zitierweise

Ohne jeden Quellennachweis blieb das OLG Braunschweig[1]. Die anderen drei Gerichte[2] zitierten zur Stützung der eigenen Auffassung die jeweils aktuellen Gesetzgebungsarbeiten. Das BayObLG[3] brachte daneben als einziges Gericht Literatur- und Rechtsprechungsnachweise.

(4) Das entscheidende Argument

Begründung und Argumentationsschwerpunkt waren beim OLG Braunschweig und SchlHOLG ähnlich. Von der bisherigen Regelung des § 1360 BGB ausgehend wurde die Vorschrift des § 1360 I BGB als der ehelichen Gemeinschaft am ehesten entsprechend verallgemeinert. Das OLG Braunschweig stellte dabei den Einfluß des Art. 6 GG auf die Art. 3 II, 117 GG deutlicher heraus als das SchlHOLG. Weitergehende Parallelen in der Argumentation sind auch beim BayObLG[4] und beim LSozG Celle[5] feststellbar. Beide Gerichte behaupteten ausdrücklich bzw. unterstellten stillschweigend, das Gleichberechtigungsgesetz gebe die aktuelle Rechtslage wieder.

---

1 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198.

2 cf. SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132 f.; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.; LSozG Celle v. 7.5. 1958 in FamRZ 1959, 503.

3 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.

4 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.

5 LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503.

bb) Die Gruppe der sieben Entscheidungen, in denen die Frage, ob § 1360 I oder II BGB zu verallgemeinern war, irrelevant war

In sieben Entscheidungen[1] (davon eine nur im Leitsatz veröffentlichte[2]) wurde eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten zugrunde gelegt, ohne daß eine Stellungnahme erforderlich war, ob § 1360 I oder II BGB den Inhalt dieser Unterhaltspflicht bestimmte. Dabei ließen fünf der Gerichte[3] ausdrücklich erkennen, daß die Ehefrau ihre Pflicht in der Regel durch die Haushaltsführung erfüllte, mithin kaum eine Änderung des Unterhaltsrechts der Ehegatten eingetreten war.

Der Fortbestand der gegenseitigen Unterhaltspflicht wurde in fünf Entscheidungen[4] nicht begründet. Stattdessen erfolgte z.T. der Hinweis auf eine insoweit "herrschende Meinung"[5] oder die bisherige eigene Rechtsprechung[6]. Ein Gericht[7] unterhahm einen Begründungsversuch, indem es auf das Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinwies. Fünf der Entschei-

---

1 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in FamRZ 1958, 16/17.

2 cf. OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105.

3 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 193; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in FamRZ 1958, 16/17.

4 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in FamRZ 1958, 16/17.

5 cf. OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.

6 cf. BGH, Urteile v. 5.2.1957 u. v. 27.9.1957, aaO., Fußn. 1.

7 cf. OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103.

dungen enthielten einschlägige Zitate[1].

cc) Die zwei Entscheidungen[2], in denen eine Verallgemeinerung des § 1360 II BGB vertreten wurde, sind in den Entscheidungsgründen nicht veröffentlicht worden.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Eine Abgrenzung zum Gesetzgeber bzw. eine Offenlegung der Möglichkeiten richterlicher Rechtsfortbildung erfolgte nicht, soweit die Gerichte nur den unstreitigen Fortbestand der gegenseitigen Unterhaltspflicht wiedergaben[3]. Von den sechs Entscheidungen[4], die sich mit einer Modifizierung des § 1360 BGB befaßten, wurden vier veröffentlicht[5].

---

1 cf. OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; ; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in FamRZ 1958, 16/17.

2 cf. OLG Oldenburg v. 28.4.1953 in NJW 1953, 909; LG Krefeld v. 6.5.1953 in Anm. zu Nr. 17 in NJW 1953, 909.

3 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4. 1954 in FamRZ 1955, 105; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/56 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/ 56 - in FamRZ 1957, 165/166 f.

4 cf. OLG Oldenburg v. 28.4.1953 in NJW 1953, 909; LG Krefeld v. 6.5.1953 in Anm. zu Nr. 17 in NJW 1953, 909; OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132 f.; BayObLG v. 25.2. 1958 in FamRZ 1958, 284 f.; LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503.

5 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132 f.; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284 f.; LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503.

Darunter war eine, die entsprechende Ansätze zur Abgrenzung vom Gesetzgeber aufwies: Das SchlHOLG[1] fächerte die Möglichkeiten der Umgestaltung des § 1360 BGB auf, um sich vor allem unter Hinweis auf den Art. 6 II GG und den § 1353 BGB zu entscheiden. Eine wirkliche Abgrenzung zum Gesetzgeber, d.h. der Versuch, die dargelegten Möglichkeiten unter diesem Aspekt abzuwägen, unterblieb aber auch hier.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1360 BGB

Die Rechtsprechung zu § 1360 BGB hatte zunächst zu klären, ob grundsätzlich eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten fortbestand. Dies wurde einheitlich bejaht, allerdings weitgehend ohne Angabe von Gründen. Dabei war die Regelung des § 1360 BGB mit Rücksicht auf die Art. 3 II, 117 GG mindestens insoweit in Frage gestellt, als eine Rechtsgleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau fehlte. Diese Gleichheit hätte z.B. auch durch den Fortfall jeder Unterhaltspflicht zwischen den Ehegatten erreicht werden können. Daß dennoch der Fortbestand der gegenseitigen ehelichen Unterhaltspflicht die aus Art. 3 II GG (vor allem mit Rücksicht auf Art. 6 GG) gebotene Lösung war, hätte begründet werden müssen. Die Gerichte erlagen in diesem Zusammenhang - wie die vorherrschende Begründungsformel von der "herrschenden Meinung" zeigt - der Versuchung, angesichts einer im Ergebnis einheitlichen Literatur und dann auch einheitlichen Rechtsprechung derartige Begründungsversuche gar nicht anzustellen. Teilweise sollten wohl Zitate die Begründung ersetzen. Hinweise auf die fortlaufenden Gesetzgebungsarbeiten fehlten.

---

1 SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132.

Entsprechende Verweisungen auf Gesetzesentwürfe waren dagegen zumeist in der Gruppe der kontroversen Entscheidungen anzutreffen. Dabei fällt auch hier auf, daß die Gesetzgebungsarbeiten nach der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes zum allein entscheidenden Kriterium wurden, während sie vorher nur wie jede andere Meinungsäußerung herangezogen wurden.

In den vor der Veröffentlichung des Gleichberechtigungsgesetzes ergangenen Entscheidungen zur Ausdehnung von § 1360 I oder II BGB wurden Literatur und Rechtsprechung kaum verwertet. Zwar wurde der Aspekt der Bedürftigkeit angesprochen. Es fehlte aber jeder Hinweis auf entsprechende abweichende Meinungen. Da der dogmatische Ansatz beider Auffassungen - Verallgemeinerung von § 1360 I oder II BGB - deutlich unterscheidbar war, durfte auch die Tatsache, daß die Meinungen bei traditioneller Rollenverteilung zu ähnlichen Ergebnissen führen konnten, die Gerichte nicht davon befreien, gegenteilige Auffassungen auch als solche zu kennzeichnen. Daß die Rechtsprechung dann unter dem Eindruck des Gleichberechtigungsgesetzes, das die bis dahin herrschende Meinung bestätigte, den § 1360 n.F. BGB z.T. als allein entscheidendes Argument anführte, ist verständlich. Die Vorschrift des § 1360 BGB n.F. gab aus der Sicht der Gerichte nur den ohnehin bestehenden Rechtszustand wieder. Wenige Monate vor Inkrafttreten entsprechender gesetzlicher Normen noch einen Bruch in der bisherigen Rechtsprechung herbeizuführen, mußte auch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit als unvertretbar erscheinen.

7. Die Rechtsprechung zu § 1361 BGB

Der Wortlaut des § 1361 BGB am 1.4.1953:

"Leben die Ehegatten getrennt, so ist, solange einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren;

auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung. Der Mann hat der Frau auch die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalte zum Gebrauche herauszugeben, es sei denn, daß die Sachen für ihn unentbehrlich sind oder daß sich solche Sachen in dem der Verfügung der Frau unterliegenden Vermögen befinden.

Die Unterhaltspflicht des Mannes fällt weg oder beschränkt sich auf die Zahlung eines Beitrags, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten der Billigkeit entspricht".

a) Überblick

Diese Rechtsprechung enthält sechszehn Entscheidungen, davon zehn in den Gründen veröffentlicht. Die Rechtsprechung zu § 1361 BGB war im Ergebnis nicht einheitlich. Drei Entscheidungen[1] gaben die Ansicht wieder, die bei Zusammenleben der Ehegatten bestehende gegenseitige Unterhaltspflicht bleibe durch eine Trennung und den Fortfall der Führung eines gemeinsamen Haushaltes durch die Ehefrau grundsätzlich unberührt. Veränderungen der Unterhaltspflichten sollten sich nur aus § 1361 II BGB ergeben können, wie das OLG Braunschweig[2] ausdrücklich erklärte.

---

1 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; OLG Köln v. 27.5.1953 in Anm. zu Nr. 12 in NJW 1953, 1352/1353; OLG Stuttgart v. 4.7.1953 in NJW 1953, 1352.

2 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198.

Diesen drei Entscheidungen standen mindestens sehr nahe die Beschlüsse des SchlHOLG[1] und des BayObLG[2], wonach § 1361 BGB uneingeschränkt fortgalt.

Die von drei Gerichten[3] vertretene Gegenposition lautete, jeder Ehegatte habe sich nach der Trennung grundsätzlich selbst zu unterhalten. Ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau gegen den Ehemann sollte nur bestehen, soweit der Ehefrau eine Erwerbstätigkeit unzumutbar war. Dies sollte etwa der Fall sein, wenn die Ehefrau gemeinsame Kinder großzuziehen hatte oder krank und arbeitsunfähig war. In deutlicher Abkehr von § 1361 BGB wurde hier das Regel - Ausnahmeverhältnis dieser Norm umgedreht. Damit verbunden war eine Umkehrung der Beweislast zuungunsten der Ehefrau, die nun darlegen mußte, warum sie ausnahmsweise nach der Trennung doch Unterhaltsansprüche gegen ihren Ehemann hatte.

Acht der sechzehn hier vorliegenden Entscheidungen lassen sich keiner der genannten Gruppen zuordnen. Sieben[4] von diesen acht Urteilen bzw. Beschlüssen stellten die bei einer Trennung fortbestehende Unterhaltspflicht des Ehemannes jedenfalls für den Fall fest, daß die Ehefrau noch

---

1 SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132.

2 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284.

3 cf. OLG Nürnberg v. 4.5.1953 in NJW 1953, 909; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; OLG Köln v. 26.10.1954 in FamRZ 1955, 104.

4 cf. OLG Celle v. 17.4.1953 in MDR 1953, 429; OLG Frankfurt v. 18.5.1953 in Anm. zu Nr. 18 in NJW 1953, 909; OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Neustadt v. 15.7.1953 in MDR 1953, 618 (Nr. 466 II); OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBL NRW 1953, 281; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105.

gemeinsame Kinder zu erziehen hatte oder erwerbsunfähig war. Ob für diese Gerichte die Pflicht zum Selbsterwerb oder der Unterhaltsanspruch der Ehefrau der Grundsatz war, ist nicht exakt feststellbar. Damit ist auch deutlich, inwieweit Differenzen in der Rechtsprechung zu § 1361 BGB bestanden: Die von ihrem Ehemann getrennt lebende Ehefrau, die noch Kinder aufzuziehen hatte oder (wegen Krankheit oder Alter) erwerbsunfähig war, konnte ungeachtet der bestehenden Divergenzen damit rechnen, einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Ehemann durchzusetzen, wobei allerdings Unterschiede in der Beweislastverteilung für die den Anspruch begründenden Umstände bestanden.

Für die kinderlose, getrennt lebende, arbeitsfähige Frau bestand hingegen im Jahr 1953 eine beträchtliche Unsicherheit, ob ihre Kinderlosigkeit und Arbeitsfähigkeit allein bereits die Pflicht zum Selbsterwerb begründeten oder ob sie dennoch Aussichten hatte, einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Ehemann zugesprochen zu bekommen. Die Rechtsprechung ließ dann aber Ende 1953 kaum noch Zweifel daran aufkommen, daß eine solche getrennt lebende Ehefrau sich grundsätzlich selbst zu unterhalten hatte.

Mindestens in der Begründung fiel die Entscheidung des LG Köln[1] aus diesem Rahmen. Das Urteil baute ausschließlich auf dem neuen Gleichberechtigungsgesetz auf. Dieses Gleichberechtigungsgesetz brachte in § 1361 BGB n.F. eine Abkehr von der zuletzt bestehenden Tendenz der Rechtsprechung, den Selbstunterhalt der Ehegatten zum Grundsatz zu erklären. Die entgegengesetzte Konzeption des Gleichberechtigungsgesetzes kam insbesondere in dem wichti-

---

1 LG Köln v. 12.6.1958 in FamRZ 1958, 330.

gen Fall des § 1361 II BGB n.F. zum Ausdruck, wonach Erwerbsfähigkeit und Kinderlosigkeit der Ehefrau bei erheblich überwiegendem Trennungsverschulden des Mannes grundsätzlich nicht ausreichten, um einen Unterhaltsanspruch entfallen zu lassen. Dies mußte in derart gelagerten Fällen nach der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes bis zu seinem Inkrafttreten zu Unsicherheiten führen, inwieweit nun die Rechtsprechung vorzeitig diese Vorstellungen des Gleichberechtigungsgesetzes übernehmen würde.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß die Rechtsprechung zu § 1361 BGB nach halbjähriger Zerstrittenheit keine deutlichen Divergenzen aufwies. Unsicherheiten entstanden erst wieder Mitte 1957 mit der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes, das mindestens für die kinderlose, erwerbsfähige, getrennt lebende Ehefrau eine andere Regelung als die bis dahin herrschende Rechtsprechung vorsah.

b) Spektrum der Argumente zu § 1361 BGB

Zunächst sind wieder die Entscheidungshilfen darzustellen.

aa) Die Literatur

In der Literatur wurde z. T. vertreten, bei Getrenntleben sei der Fortbestand der Unterhaltspflicht die Regel. Dies gelte vor allem auch dann, wenn die Ehefrau noch gemeinsame Kinder aufzuziehen habe.

(1) Man führte an, § 1361 BGB widerspreche dem Art. 3 II GG, weil die Unterhaltspflicht der Ehegatten inhaltlich verschieden sei, was § 1361 BGB nicht berücksichtige. Dies sei über § 1361 II BGB auszugleichen.[1]

---

1 cf. Hagemeyer, S. 604 f.

(2) Ferner sei die Gegenmeinung, wonach jeder Partner sich selbst unterhalten müsse, ehezerstörerisch. Die vom Mann verschuldete Trennung werde dadurch gefördert[1].

(3) Im Grundsatz anders lautete die Meinung, die betonte, jeder Gatte habe sich bei Getrenntleben selbst zu unterhalten. Ausnahmen seien aus § 1361 II BGB zu bestimmen. Diese Regelung entspreche am besten der gegenseitigen Unterhaltspflicht beim Zusammenleben,wo die Ehefrau in der Regel den Haushalt führe. Bei einer Trennung trete an die Stelle der bisherigen häuslichen Arbeit der außerhäusliche Erwerb[2].

bb) Der Gesetzgeber

Der Regierungs-Entwurf I[3] und der FDP-Entwurf[4] sahen bei Getrenntleben vor, daß - soweit ein Ehegatte berechtigt die Herstellung des ehelichen Lebens verweigerte - dieser Ehegatte einen Unterhaltsanspruch in Geld haben sollte, wenn er sich nicht selbst aus zumutbarer Erwerbstätigkeit oder Vermögenseinkünften unterhalten konnte. Die Bundesregierung begründete ihren Entwurf damit, die bisherige Relung des § 1361 BGB sei unvollkommen und entspreche auch nicht Art. 3 II GG[5]. Der Bundesrat übernahm diesen Entwurf

---

1 cf. Bosch, Situation, S. 490 f.; Scheffler, Auslegung, S. 86.

2 cf. Palandt-Lauterbach, 11. Aufl., Vorbem. B zu § 1360.

3 BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Teil 1, Art. 3.

4 BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1 Art. 3.

5 cf. Regierungsentwurf I, BT-Drucksache 3802/52, 1. Wahlperiode, S. 48.

im Grundsatz.[1]

Der Regierungs-Entwurf II[2] und der SPD-Entwurf[3] orientierten die gegenseitige Unterhaltspflicht an der Billigkeit. Dabei sollten vor allem die Gründe, die zur Trennung führten, die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse zu berücksichtigen sein. Dem Bundesrat erschien die weitgefaßte Billigkeitsklausel des Entwurfes II der Bundesregierung unsystematisch. Die Vertreter des Bundesrates hielten eine Regelung nach Art des Regierungs-Entwurfes I mit festen Richtlinien und Billigkeitserwägungen nur soweit erforderlich für praxisgerechter[4].

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

aa) Die Gruppe der Entscheidungen, in denen die Ehefrau bei Erziehung von Kindern oder Erwerbsunfähigkeit jedenfalls einen Unterhaltsanspruch durchsetzen konnte

Diese Gruppe umfaßt sieben Entscheidungen[5] , davon

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 2. Wahlperiode, Anlage A, S. 2 f.

2 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. 1, Ziffer 7.

3 BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I Ziffer 11.

4 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Anlage 2, S. 84 f.

5 cf. OLG Celle v. 17.4.1953 in MDR 1953, 429; OLG Frankfurt v. 18.5.1953 in Anm. zu Nr. 18 in NJW 1953, 909; OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Neustadt v. 15.7.1953 in MDR 1953, 618 (Nr. 466 II); OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBL NRW 1953, 281; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105.

drei in den Gründen nicht veröffentlicht[1].

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Drei der Entscheidungen[2], die - ohne einen Grundsatz klar erkennen zu lassen - jedenfalls bei fortdauernder Erziehung der Kinder durch die Ehefrau oder Erwerbsunfähigkeit einen Unterhaltsanspruch der Ehefrau gegen den Ehemann auch nach Trennung bejahten, stützten ihre Auffassung auf das "Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft". Daneben begründete eines dieser Gerichte, das OLG Köln[3], seine Meinung damit, durch eine Erwerbstätigkeit neben der Kindererziehung werde die Ehefrau ungerechtfertigt doppelt belastet. Dieses Argument findet sich auch beim OLG Düsseldorf[4].

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Eine Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen fehlt naturgemäß, da für den Fall, daß Kinder zu erziehen waren oder die Ehefrau erwerbsunfähig war, Einhelligkeit über den Fortbestand der Unterhaltspflicht bestand.

(3) Zitierweise

Die eigene Meinung bestärkende Zitate fanden sich beim OLG Düsseldorf[5] und beim OLG Köln[6] .

---

1 cf. OLG Frankfurt v. 18.5.1953 in Anm. zu Nr. 19 in NJW 1953, 909; OLG Neustadt v. 15.7.1953 in MDR 1953, 618 (Nr. 466 II); OLG Karlsruhe v. 23.4.1954 in FamRZ 1955, 105.

2 cf. OLG Celle v. 17.4.1953 in MDR 1953, 429; OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103.

3 OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103.

4 OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBL NRW 1953, 281.

5 OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBL NRW 1953, 281.

6 OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103.

(4) Das entscheidende Argument

Zum methodischen Vorgehen der Gerichte fällt auf, daß nur das OLG Köln[1] den § 1361 II BGB erwähnte. Dabei ist aber auch nicht ganz klar, ob diese Norm Entscheidungsgrundlage war. Die übrigen Gerichte verzichteten gänzlich darauf, auf § 1361 II BGB einzugehen. Erwägungen über das Wesen der Ehe[2] und die Aufgabenverteilung der Ehegatten[3] lassen einen Anflug von Begründung erkennen, ohne den Gesamteindruck zu verwischen, daß diese Urteile weitgehend Rechtsfolgen behaupteten und aneinandereihten, deren Rechtsgrundlagen unerwähnt blieben. Keines der Gerichte versuchte den § 1361 BGB heranzuziehen und diese Vorschrift dann aus Art. 3 II GG in Frage zu stellen, um schließlich unter Beachtung der neuen Rechtsprechung zu § 1360 BGB Entscheidungsgrundsätze zu finden. Allein das OLG Düsseldorf[4] ließ deutlich erkennen, daß Aspekte des Art. 3 II GG die Entscheidung dominierten, indem man aus nach der Trennung der Eheleute fortbestehenden Funktionsunterschieden differenzierte Rechtsfolgen ableitete. Die übrigen Beschlüsse lassen solche Überlegungen nur ahnen.

Drei der Gerichte[5] gaben offen zu, daß gesellschaftspolitisch Wünschenswertes ihre Ansicht mindestens stark beeinflußte: Sie alle sahen es gern, wenn auch bei einer Trennung den Kindern die ganze Aufmerksamkeit und Schaffenskraft der Mutter erhalten blieb. Dieser Gesichtspunkt

---

1 OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103.

2 cf. OLG Celle v. 17.4.1953 in MDR 1953, 429.

3 cf. OLG Frankfurt v. 16.6.1953 in NJW 1953, 1104.

4 OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 JMBL NJW 1953, 281.

5 cf. OLG Celle v. 17.4.1953 in MDR 1953, 429; OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBL NRW 1953, 281; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103.

stand weder mit der Auslegung des § 1361 BGB noch mit der des Art. 3 II GG, allenfalls mit Art. 6 GG in Zusammenhang. Hinweise auf die abendländische Familienauffassung[1] runden das Bild einer an klaren Begründungen dürftigen, an Behauptungen und Vorurteilen dagegen reichen Rechtsprechung ab.

bb) Die Entscheidungen, in denen im Grundsatz vom Fortbestand der gegenseitigen Unterhaltspflicht bei Trennung ausgegangen wurde

Die fünf Beschlüsse[2], die im Grundsatz vom Fortbestand der gegenseitigen Unterhaltspflicht bei Trennung ausgingen, waren, soweit sie in den Gründen veröffentlicht vorliegen[3], nicht einheitlich. Das OLG Braunschweig[4] ging in seiner Begründung von § 1361 BGB aus. Aus Art. 3 II GG in Verbindung mit der modifizierten Rechtsprechung zu § 1360 BGB wurde sodann die Ausweitung des § 1361 II BGB auf beide Ehegatten gefolgert. Daß § 1361 II BGB im zu entscheidenden Fall die Unterhaltspflicht des Mannes nicht ausschließen konnte, schrieb man der Billigkeit zu.

Das SchlHOLG[5] stellte schlicht fest, § 1361 BGB widerspreche Art. 3 II GG nicht und begründe daher den Beschluß. Das

---

1 cf. OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBL NRW 1953, 281.

2 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132; OLG Köln v. 27.5.1953 in Anm. zu Nr. 12 in NJW 1953, 1352 f.; OLG Stuttgart v. 4.7.1953 in NJW 1953, 1352; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284.

3 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1954 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132; BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284.

4 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198.

5 SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132.

BayObLG[1] schließlich beschränkte sich weitgehend auf die Wiedergabe des Gesetzestextes von § 1361 BGB. Behauptungen zur Zumutbarkeit des Selbstunterhaltes wurden mit Zitaten belegt. Das OLG Braunschweig[2] und wohl auch das BayObLG[3] ließen zwar erkennen, daß nach ihrer Auffassung § 1361 BGB auf beide Gatten auszudehnen war. Keine der drei Entscheidungen ging dagegen darauf ein, daß die fortdauernde Unterhaltspflicht des Mannes nach Fortfall des gemeinsamen Haushaltes bei Trennung als gegen Art. 3 II GG verstoßendes Privileg der Ehefrau im Grundsatz zu verneinen gewesen sein könnte.

Daneben fehlten beim OLG Braunschweig[4] und beim SchlHOLG[5] jegliche auf die Frage des Fortbestandes der Unterhaltspflichten bei Trennung der Gatten bezogene Zitate und jeder Hinweis auf gesetzgeberische Reformvorstellungen. Der I. Regierungs-Entwurf[6] zu § 1361 paßte wohl auch nicht so recht in die Vorstellung von der unstreitigen Fortgeltung des § 1361 BGB.

Nun kam es wohl beim Urteil des BayObLG[7] auf die Streitfrage, ob der Fortbestand der Unterhaltspflicht bei Trennung der Grundsatz oder die Ausnahme war, nicht an, da die Antragsstellerin für ein Kind zu sorgen hatte[8]. Das BayObLG erklärte aber nicht etwa unter Hinweis darauf bestehende Streitfragen für irrelevant, sondern entwickelte breit

---

1 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284.
2 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198.
3 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284.
4 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198.
5 SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132.
6 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, Teil 1, Art. 3.
7 BayObLG v. 25.2.1958 in FamRZ 1958, 284.
8 cf. oben S. 84, unter (2).

"Entscheidungsgrundsätze", wobei § 1361 weitgehend im Gesetzeswortlaut wiedergegeben wurde. Mindestens zur Vermeidung von Mißdeutungen hätten dann angesichts der mehrjährigen zurückliegenden und z.T. gegenteiligen Rechtsprechung einschlägige Hinweise und Erklärungen erfolgen müssen.

Den Beschlüssen des OLG Braunschweig[1] und des SchlHOLG[2] war auch vom Sachverhalt her nicht zu entnehmen, daß der Streit um den grundsätzlichen Fortbestand der Unterhaltspflicht bei Trennung nicht entscheidungserheblich war. Daß man darauf nicht einging, kann daran gelegen haben, daß sich die Rechtsprechung hier erst am Anfang ihrer Entwicklung befand.

cc) Die Gruppe der Entscheidungen, die im Grundsatz den Fortfall der Unterhaltspflichten bei Getrenntleben der Ehegatten enthielten

Von den drei Beschlüssen[3], die im Grundsatz den Fortfall der Unterhaltspflichten bei Trennung beinhalteten, wurden zwei in den Gründen veröffentlicht[4]. Beiden Entscheidungen war gemeinsam, daß sie schlicht die für richtig gehaltenen Rechtsfolgen schilderten und auf jegliche Begründung verzichteten. Daß die Vorschrift des § 1361 BGB im Grundsatz völlig entgegengesetzt angelegt war und aus welchen Gründen

---

1 OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198.

2 SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132.

3 cf. OLG Nürnberg v. 4.5.1953 in NJW 1953, 909; OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; OLG Köln v. 26.10.1954 in FamRZ 1955, 104.

4 cf. OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; OLG Köln v. 26.10.1954 in FamRZ 1955, 104.

das OLG Karlsruhe und das OLG Köln sich darüber hinwegsetzten, wurde mit keinem Wort erwähnt. Bei Abfassung dieser beiden Beschlüsse lag eine vierzehn Entscheidungen umfassende Rechtsprechung vor. Mitte 1953 waren in kurzem Abstand vier Entscheidungen[1] ergangen, die noch in demselben Jahr teils im Tenor, teils in den Gründen veröffentlicht wurden und eine völlig gegenteilige Auffassung vertraten[2]. Dennoch unterblieb jede Argumentation und jeder Hinweis darauf, daß die dargestellte Rechtsauffassung problematisch sein könnte. Auf die Frage der Unterhaltspflicht bei Getrenntleben bezogene Zitate fehlten weitgehend. Von den Gesetzgebungsvorhaben, die überwiegend eine ganz andere Auffassung beinhalteten[3], nahm man keine Notiz[4].

Beschlüsse wie die beiden hier vorliegenden wurden der durch Art. 3 II GG geschaffenen neuen Rechtslage nicht gerecht. Sowohl die Prozeß-Parteien, die den Beschluß verstehen wollten, wie die Gerichte, die sich daran gerade in einer Zeit ausgeprägter richterlicher Rechtsumbildung orientieren sollten, vermochten eine solche lückenhafte Darstellung nicht rational nachzuvollziehen.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Keine der sechzehn Entscheidungen ließ eine Abgrenzung zum Gesetzgeber bzw. die Auffächerung der zu § 1361 BGB möglichen richterlichen Rechtsbildung erkennen. Nun ist zu bedenken, daß - ausgehend von einer gemeinsamen Unterhaltspflicht der zusammen-lebenden Ehegatten ohne Rück-

---

1 cf. OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198; SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132; OLG Köln v. 27.5.1953 in Anm. zu Nr. 12 in NJW 1953, 1352/1353; OLG Stuttgart v. 4.7.1953 in NJW 1953, 1352.

2 cf. oben S. 86 ff.

3 cf. oben S. 82 f.

4 cf. auch die Anm. von Bosch zu OLG Köln v. 26.10.1954 in FamRZ 1955, 105.

sicht auf ihre Fähigkeiten, sich selbst zu unterhalten - die Ausdehnung des § 1361 II BGB auf beide Eheleute ausgereicht hätte, um diese gleich zu behandeln. Dennoch gaben einige Gerichte[1] die Regelung des § 1361 II BGB zugunsten des Grundsatzes des Selbsterwerbs auf und erhoben damit die Ausnahme zur Regel. Hätte man versucht, die Grenzen richterlicher Rechtsbildung zu fixieren, hätte erörtert werden müssen, ob die Gerichte nicht jedenfalls die die Vorschrift des § 1361 BGB weniger einschneidende Rechtsumbildung zu wählen gehabt hätten und ob sie andernfalls nicht den Auftragsrahmen der Art. 3 II, 117 GG sprengten und eine durch Art. 3 II GG nicht mehr legitimierte Gesetzesreform betrieben.

Daß dennoch ein diesbezügliches Problembewußtsein bei den Gerichten vorhanden war, läßt sich dem Urteil des LG Köln entnehmen[2]. Dort wurde befriedigt festgestellt, das Problem richterlicher Rechtsbildung habe sich seit der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes bedeutend vereinfacht.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu § 1361 BGB

Diese Rechtsprechung war bis zum Ende des Jahres 1954 nicht einheitlich in der Frage, ob im Grundsatz die Unterhaltspflichten der Eheleute bei Trennung fortbestanden oder nicht. Soweit es in den Urteilen und Beschlüssen auf diese Frage ankam, war die Darstellung auf beiden Seiten lückenhaft. Ein methodisches Vorgehen, das von § 1361 BGB als "sedes materiae" ausging und in Verbindung mit Art. 3 II GG

---

1 cf. OLG Nürnberg v. 4.5.1953 in NJW 1953, 909; OLG Karlsruhe v.22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; OLG Köln v. 26.10. 1954 in FamRZ 1955, 104.

2 LG Köln v. 12.6.1958 in FamRZ 1958, 330.

unter Berücksichtigung der veränderten Rechtsprechung zu § 1360 BGB die neue Rechtslage darstellte, fand sich nicht. Zitate erfolgten spärlich. Die Tatsache, daß es zum jeweils dargestellten angeblichen Grundsatz eine Gegenmeinung gab, blieb grundsätzlich unerwähnt.

Schließlich erörterte man auch dort nicht die Grenzen richterlicher Rechtsumbildung, wo man ohne Angabe von Gründen die Vorschrift des § 1361 BGB a.F. dem Grundsatz nach ins Gegenteil verkehrte und die Frage nach einer weniger durchgreifenden, aber dem Art. 3 II GG vielleicht ebenso gerecht werdenden Rechtsumbildung nahegelegen hätte.

Das Bild wird dadurch abgerundet, daß von bestehenden Gesetzgebungsvorhaben zu § 1361 BGB bis zum Jahr 1957 keinerlei Notiz genommen wurde. Im Jahr 1958 schließlich läßt sich auch hier wie schon in anderen Sachzusammenhängen anhand des Urteils des LG Köln[1] der dominierende Einfluß des inzwischen verabschiedeten Gleichberechtigungsgesetzes feststellen. Nur die Vorschrift des § 1361 n.F. war Entscheidungsgrundlage. Die zurückliegenden Beschlüsse und Urteile mit ihren Entscheidungsgrundsätzen wurden unter Hinweis auf die angeblich herrschende Meinung zur Vorwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes irrelevant. Wahrscheinlich mußte in den Jahren 1957 und Anfang 1958 dem Rechtssuchenden - angesichts der offenen Frage der Vorwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes auf die bis dahin im Grundsätzlichen z.T. entgegengesetzte, uneinheitliche und mit der Vorschrift des § 1361 BGB n.F. nicht übereinstimmende Rechtsprechung - der zukünftige Prozeßausgang ungewiß erscheinen, soweit der Fall nicht zu den von allen Meinungen ähnlich beurteilten gehörte (die Fälle der mit der Kindererziehung befaßten oder erwerbsunfähigen Ehefrau).

---

1 LG Köln v. 12.6.1958 in FamRZ 1958, 330.

8. Die Rechtsprechung zum gesetzlichen Güterstand, §§ 1363 ff. BGB

Der Wortlaut des § 1363 BGB am 1.4.1953:

"Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (eingebrachtes Gut).

Zum eingebrachten Gut gehört auch das Vermögen, das die Frau während der Ehe erwirbt".

a) Überblick

Es liegen sechsundvierzig Urteile und Beschlüsse vor. Davon wurden einundvierzig in den Gründen veröffentlicht. Diese Rechtsprechung war sich - mit drei Ausnahmen[1] - darin einig, daß der alte gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, mindestens soweit er die Ehefrau einseitig benachteiligte und bevormundete, entfallen war.

Dreizehn Entscheidungen ließen nicht ausdrücklich erkennen, welcher Güterstand nun an die Stelle des alten gesetzlichen Güterrechts getreten sei[2]. Nach Auffassung der Gerichte kam es auf diese Frage nicht an.

---

1 cf. LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; OLG Schleswig v. 9.7.1953 in JR 1954, 63.

2 cf. AG Zweibrücken v. 1.4.1953 in DNotZ 1953, 278; OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 337; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266/280 ff.; OLG Düsseldorf v. 21.7.1953 in JMBL NRW 1953, 236; SchlHOLG v. 12.10.1953 in MDR 1953, 748 Nr. 561 II; BGH, Beschluß v. 21.12.1953 - IV ZR 187/52 - in Rpfleger 1954, 143/144; BGH, Beschluß v. 3.5.1956 - V Blw 68/55 - in FamRZ 1956, 222.

Aus den restlichen dreißig Urteilen und Beschlüssen sticht zunächst der Beschluß des OLG Celle vom 19.5.1953[1] hervor, in dem das Gericht die Errungenschaftsgemeinschaft als seit dem 1.4.1953 geltenden gesetzlichen Güterstand begründete. An diesen Beschluß lehnte sich das AG Flensburg[2] an.

Die übrigen achtundzwanzig Entscheidungen - darunter fünf, die Gütertrennung annahmen, aber insoweit nicht in den Gründen veröffentlicht wurden[3] - waren ebenfalls nicht völlig einheitlich. Ein Teil der Gerichte formulierte ohne Einschränkungen, gesetzlicher Güterstand sei nun Gütertrennung. Teilweise erklärte man ausdrücklich, es gelte nunmehr eine gesetzliche Gütertrennung im Sinne des bisherigen vertraglichen Güterstandes der Gütertrennung. Teilweise leitete man daraus, daß bis zum 31.3.1953 bei vertraglicher Gütertrennung keine Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen den Ehegatten bestanden hatte, nach dem 1.4.1953 dieselbe Schlußfolgerung ab. Die Vermutung liegt nahe, daß auch diese Gerichte den vor dem 1.4.1953 nur aufgrund eines Ehevertrages wirksamen Güterstand der Gütertrennung nunmehr als gesetzlichen Güterstand annehmen wollten[4].

---

1 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

2 AG Flensburg v. 26.11.1953 in SchlHA 1954, 102.

3 cf. AG Hamburg-Altona v. 24.4.1953 in MDR 1953, 428; LG Göttingen v. 13.5.1953 in MDR 1953, 429; AG Weilheim, zitiert in Anm. zu LG Göttingen v. 13.5.1953 in MDR 1953, 429; HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426; OLG Neustadt/Weinstr. v. 22.5.1953 in NJW 1953, 989.

4 cf. LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; LG Mainz v. 3.6.1953, 1107; LG Braunschweig v. 25.6.1953 in NdsRpfl 1953, 144; LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161; SchlHOLG v. 12.10.1953 in MDR 1953, 748 Nr. 561; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

Andere Entscheidungen lassen erkennen, daß das jeweilige Gericht zwar die bürgerlichrechtlichen Vorschriften zur Gütertrennung weitgehend übernehmen wollte, dennoch aber Unterschiede zur alten Rechtslage des vertraglichen Güterstandes der Gütertrennung begründen wollte und mithin eine modifizierte gesetzliche Gütertrennung beführwortete[1].

Einige Gerichte wollten in ihren Beschlüssen zwar das seit dem 1.4.1953 geltende Recht mit dem Begriff "Gütertrennung" umschreiben, ohne aber damit vom bisherigen vertraglichen Güterstand der Gütertrennung auszugehen. Für sie bestand Gütertrennung zwischen den Ehegatten so, wie sie überall dort besteht, wo keinerlei besondere Rechtsbeziehungen die getrennten Vermögensmassen der Betroffenen berühren und diese Vermögensmassen daher beziehungslos nebeneinander stehen[2].

Das KG Berlin[3] meinte endlich, Fragen des bisherigen Güterrechts seien nur von Fall zu Fall zu entscheiden. Dem OLG Hamm[4] zufolge existierte ein gesetzlicher Güterstand im hergebrachten Sinne nicht.

Nun darf nicht übersehen werden, daß verschiedene Formulierungen noch keine sachlichen Differenzen in den Entscheidungen bedeuten. Wirkliche sachliche Widersprüche gab es

---

1 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Karlsruhe v. 12.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; SchlHOLG v. 11.7. 1956 in SchlHA 1956, 269; OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323.

2 cf. LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383.

3 KG Berlin v. 4.11.1953 in JR 1954, 346.

4 OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383.

insoweit, wie die Gerichte z.T. ausdrücklich die vor dem 1.4.1953 bei vertraglicher Gütertrennung bestehende Rechtslage unverändert (z.B. in den Fragen der Prozeßkostenvorschußpflicht oder der Zustimmungsbedürftigkeit von Geschäften der Ehefrau) als gesetzliche Güterrechtslösung vom 1.4.1953 an übernehmen wollten[1].

Die meisten Beschlüsse ließen demgegenüber erkennen, daß die Vorschrift des Art. 3 II GG die Bestimmungen der bisherigen vertraglichen Gütertrennung modifizieren solle[2], bzw. die vor dem 1.4.1953 geltende Rechtslage der vertraglichen Gütertrennung jedenfalls nicht total zu übernehmen sei (vor allem in der Frage der Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen den Ehegatten)[3] oder daß aufbauend auf Art. 3 II GG, dem Wesen der Ehe und den Grundzügen des alten Rechts im Einzelfall die Lösung für die bisher im alten gesetzlichen Güterrecht geregelten Fragen zu suchen sei[4].

Bei Betrachtung des zeitlichen Ablaufs der Entwicklung dieser Rechtsprechung wird vor allem die Wirkung der drei

---

1 So LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; SchlHOLG v. 12.10.1953 in MDR 1953, 748 Nr. 561 II; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

2 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; SchlHOLG v. 12.10.1953 in MDR 1953, 748 Nr. 561 II.

3 cf. OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269.

4 cf. OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; LG Mainz v. 3.6.1953 in NJW 1953, 1107; LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161; KG Berlin v. 4.11.1953 in JR 1954, 346; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383.

BGH-Entscheidungen vom 14.7.1953[1], vom 29.10.1953[2] und vom 21.12.1953[3] erkennbar. Nach dem Urteil des BGH vom 14.7.1953 erfolgte kein Beschluß mehr, der den alten Güterstand fortgelten ließ. Da der BGH aber im Beschluß vom 21.12.1953 offen gelassen hatte, welcher Art die von ihm angenommene Gütertrennung war, wurde diese Frage auch in den folgenden Jahren von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

Auch hier läßt sich schließlich beobachten, wie im Jahre 1957 die Vorwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes in Frage stand. Sowohl das LG Hamburg[4] wie das OLG Celle[5] lehnten ausdrücklich die Vorwegnahme der vom 1.7.1958 an wirksamen Zugewinnausgleichsregelung ab.

Zusammenfassend läßt sich feststellen: Die Frage, welcher Rechtszustand den des alten gesetzlichen Güterrechts ablösen sollte, wurde von den Gerichten nicht einheitlich beantwortet. Verfassungsrechtliche Bedenken ließen einige Gerichte am alten Güterstand festhalten. Die überwältigende Mehrheit sprach sich für eine gesetzliche Gütertrennung aus. Man verstand darunter der Rechtsgrundlage nach und auch inhaltlich Verschiedenes: Z.T. den vorhandenen bisherigen vertraglichen Güterstand der Gütertrennung und die dazu bis zum 31.3.1953 bestehende Rechtslage (z.B. zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen den Ehegatten), z.T. eine allgemeine Gütertrennung, deren Rechtsfolgen im Einzelfall zu ermitteln waren. In diesem Punkt blieb eine höchstrichterliche Entscheidung aus.

---

1 BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266.

2 BGH, Urteil v. 29.10.1953 - IV ZR 40/53 - in MDR 1954, 95.

3 BGH, Beschluß v. 21.12.1953 - IV ZR 187/52 - in RPfleger 1954, 143.

4 LG Hamburg v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 322.

5 OLG Celle v. 6.12.1957 in FamRZ 1958, 108.

Die Rechtsprechung war nicht identisch mit dem Gleichberechtigungsgesetz, das den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft einführte, der nur im Grundsatz von einer Gütertrennung ausging, diese aber durch Verfügungsbeschränkungen und die Regelung des Zugewinnausgleichs modifizierte.

b) Spektrum der Argumente zum gesetzlichen Güterrecht, §§ 1363 ff. BGB

In der Frage, welcher gesetzliche Güterstand seit dem 1.4.1953 gelten sollte, boten die Literatur und die Gesetzgebungskörperschaften folgende Aspekte an.

aa) Die Literatur

Im Schrifttum war man sich im Jahr 1953 weitgehend einig darüber, daß der alte Güterstand, soweit er dem Manne die Verwaltung und Nutzung des Frauenvermögens einräumte, eine einseitige Bevormundung und Benachteiligung der Ehefrau enthielt, die aufgrund der Vorschriften der Art. 3 II, 117 GG entfallen sei[1]. Kontrovers war, welche Regelungen an die Stelle des alten Güterstandes treten sollten. Teilweise wurde vertreten, es sei nun Gütertrennung eingetreten.

(1) Man führte an, die Gütertrennung schaffe die reine Gleichberechtigung, wenn sie auch nicht ideal sei für die eheliche Lebensgemeinschaft[2].

---

1 cf. Arnold, Rechtslage, S. 263; Tschischgale, S. 246.
2 cf. Dölle, S. 359; Reinicke, S. 682 f.

(2) Die Vorschrift des § 1426 BGB enthalte die Gütertrennung als subsidiären gesetzlichen Güterstand für jeden Fall, in dem der "normale" gesetzliche Güterstand nicht eintreten könne[1].

(3) Alle Vorschläge (Gütertrennung, Zugewinngemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft) würden Art. 3 II GG gerecht. Aus Rechtssicherheitserwägungen sei Gütertrennung anzunehmen, zumal Härtefälle durch die Annahme von Innengesellschaften auszugleichen seien[2].

(4) Objektiv sei die Ehefrau durch den alten Güterstand der Verwaltung und Nutznießung gar nicht benachteiligt. Der Ehemann hatte im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung den ehelichen Aufwand, die Lasten der §§ 1384 ff. zu tragen. Dennoch stehe Art. 3 II GG dem alten Güterstand entgegen, weil die Ehefrau eigenverantwortlich und selbständig werden solle[3].

(5) Gegen eine Gütergemeinschaft als gesetzlichem Güterstand spreche:

(a) Die Gütergemeinschaft werfe Probleme der Verwaltung auf. Bei gemeinschaftlicher Verwaltung werde der Rechtsverkehr erschwert, bei Einzelverwaltung entstünden Probleme bei Uneinigkeit der Ehegatten[4].

(b) Die Haftung des Gesamtgutes gefährde den nicht handelnden Gatten[5].

---

1 cf. Dölle, S. 359; Reinicke, S. 682 f.

2 cf. Finke, S. 272; Hoffmann, S. 201; Reinicke, S. 682 f.

3 cf. Reinicke, S. 682 f.; ferner 17. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates v. 3.12.1948, Stenographische Berichte, S. 208.

4 cf. Beitzke, Neuordnung, S. 156 f.; Dölle, S. 359; Reinicke S. 682 f.

5 cf. Beitzke, Neuordnung, S. 156 ff.

(c) Es entstünden Probleme interner Auseinandersetzungen, wer mit welchen Vermögensmassen hafte[1].

(d) Der Güterstand der Gütergemeinschaft sei als Scheidungshemmnis unerwünscht. Die Ehe werde kommerzialisiert[2].

(e) Rechtsvergleichung ergebe die Tatsache einer weiten Verbreitung der Gütertrennung als gesetzlichem Güterstand: Gütertrennung herrsche in Italien und in Österreich. Auch die nordischen Rechte, England und die dem "Common Law" folgenden Staaten der USA bauten darauf auf[3].

Zugunsten der Gütergemeinschaft als neuem gesetzlichem Güterstand wurde schon 1953 argumentiert:

(6) Die Gütergemeinschaft (in Form der Errungenschaftsgemeinschaft) lasse die Eheleute zu einer rechtlichen Einheit werden. Damit werde im Vermögensrecht eine wirkliche Gleichberechtigung realisiert[4].

(7) Die Gerichte hätten das Recht aus Natur- und Sittengesetz zu ordnen. Die Errungenschaftsgemeinschaft entspreche der natürlichen Ordnung von Ehe und Familie[5].

(8) Der Typ der erwerbstätigen Ehefrau sei unerwünscht. Dem müsse ein familienfreundliches Güterrecht entgegengestellt werden[6].

(9) Das Güterrecht sei vom Wesen der Ehe als innigster Lebensgemeinschaft, nicht vom Moment der Scheidung her zu

---

1 cf. Beitzke, Neuordnung, S. 156 ff.
2 cf. Beitzke, Neuordnung, S. 156 ff.
3 cf. Beitzke, Neuordnung, S. 156 ff.
4 cf. Bosch, Güterrecht, S. 449 f.; Jung, S. 98.
5 cf. Jung, S. 312.
6 cf. Jung, S. 312.

bestimmen[1].

(10) Die Entwicklung von Richterrecht sei bedenklicher als die Verwendung vorhandener Normen wie der §§ 1519 ff. BGB (Errungenschaftsgemeinschaft)[2].

(11) Bedenken gegen die Schwerfälligkeit und Streitanfälligkeit der Gütergemeinschaft seien durch den Gebrauch von Instituten wie der Duldungsvollmacht bzw. durch die Beschränkung der Haftung des nicht handelnden Gatten auf das Gesamtgut auszuräumen[3].

(12) Die Unterstellung von Innengesellschaften unter Eheleuten sei reine Fiktion und weise in Wahrheit in Richtung auf eine Gütergemeinschaft[4].

(13) Der von der Gegenmeinung herangezogene § 1426 BGB enthalte keine zum vorliegenden Tatbestand rechtsähnliche Alternativen und gebe daher für die anstehenden Fragen des gesetzlichen Güterrechts nichts her[5].

(14) Reine Gütertrennung benachteilige die Ehefrau in der Hausfrauenehe, die - selbst ohne Einkommen - nichts erwirbt[6].

bb) Der Gesetzgeber

Beide Regierungs-Entwürfe[7] und der FDP-Entwurf[8] sahen als

---

1 cf. Jung, S. 312.

2 cf. Bosch, Güterrecht, S. 449 f.

3 cf. Bosch, Güterrecht, S. 449 f.

4 cf. Jung, S. 98.

5 cf. Jung, S. 98.

6 cf. Bosch, Güterrecht, S. 449 f.; Jung, S. 98.

7 cf. Regierungsentwurf I v. 23.10.1952, BT-Drucksache 3802/52, 1. Wahlperiode, Teil 1, Art. 4 und Regierungsentwurf II v. 29.1.1954, BT-Drucksache 224/53, 2. Wahlperiode, Art. 1, Ziffer 8.

8 BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1, Art. 4.

[illegible] durch Verfügungsbeschränkungen und eine Zugewinngemeinschaft vor. Die Bundesregierung begrüßte ihren Entwurf wie folgt:

Die einseitige Verwaltung und Nutznießung durch den Mann im Rahmen der ehelichen gesetzlichen Güterstände verstoße gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung.

Zwar seien Gütergemeinschaften (die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft), verteilten zwar die Frau am Vermögen des Mannes über jeweils an seinem Ertrag, der Errungenschaft. Der Mann verwalte das Vermögen aber - mit Ausnahme des Vorbehaltsgutes der Frau - allein. Demnach werde die Frau auch durch eheliche Gütergemeinschaften benachteiligt.

Man habe daher eine gemeinschaftliche Verwaltung beider Ehegatten im Rahmen der Gütergemeinschaften vorgeschlagen. Eine gemeinschaftliche Verwaltung erzeuge jedoch Streit und gefährde den Bestand der Ehe. Sie sei im übrigen unverständlich und schade daher dem Rechtsverkehr. Schließlich werde auch bei gemeinschaftlicher Verwaltung in der Praxis die Verwaltung oft vom Manne allein durchgeführt.

Eine Gütergemeinschaft bei gemeinschaftlicher Verwaltung beider Ehegatten sei daher ebenso als gesetzlicher Güterstand abzulehnen wie eine Gütergemeinschaft bei selbständiger Verwaltung durch jeden Gatten. Eine solche selbständige Verwaltung passe nur für Handelsgesellschaften. Sie gefährde das Vermögen der Ehegatten und fördere die Auflösung der Ehe.

Der allgemeine Güterstand bewerte die Leistungen der Ehegatten, der ohne nennenswertes Vermögen die Ehe eingehe und aufgrund der Eheschließung das Vermögen des anderen Ehegatten mitverwalte. Die Errungenschaftsgemeinschaft sei für den Rechtsverkehr nicht einfach und klar genug. Die Fahrnisgemeinschaft sei nur brauchbar, solange das Vermögen der Ehegatten aus Fahrnis bestehe.

Demnach verbleibe als gesetzlicher Güterstand nur die Gütertrennung.

Die Bundesregierung führte dazu aus:

"Es bleibt daher als gesetzlicher Güterstand nur die Gütertrennung übrig. Sie wird der Gleichberechtigung insofern gerecht, als jeder Ehegatte bei diesem Güterstand sein Vermögen selbständig verwaltet. Der Grundsatz der Gleichberechtigung wäre aber bei einer reinen Gütertrennung nur der Form nicht der Sache nach durchgeführt. Erhält die Frau, die den Haushalt führt oder im Betriebe oder Geschäft des Mannes mitarbeitet, bei der Auflösung der Ehe keinen Anteil an dem Vermögen, das in der Ehe verdient worden ist, so steht sie erheblich schlechter als der Mann. Sie ist im Falle der Scheidung oder Aufhebung der Ehe auf einen fragwürdigen Unterhaltsanspruch und im Falle des Todes des Mannes auf ein bescheidenes Erbrecht, in der Regel ein Viertel des Nachlasses, angewiesen, während der Mann oder seine Erben den Erwerb, den der Mann - unmittelbar oder mittelbar - durch die Mitarbeit der Frau erzielt hat, behalten dürfen.

Der gesetzliche Güterstand des Bürgerlichen Gesetzbuches hat vor allem deshalb keine Wurzeln im Volk fassen können, weil die Frau nicht am Erwerb des Mannes beteiligt ist und er damit seiner Aufgabe, die geschiedene oder überlebende Ehefrau sicherzustellen, nicht gerecht geworden ist. Es ist Aufgabe eines gesetzlichen Güterstandes, für den Durchschnitt der Ehen eine Regelung zu treffen, die beiden Ehegatten gerecht wird, ohne daß diese zum Abschluß von Ehe- oder Erbverträgen gezwungen werden. Man ist sich heute auch darüber einig, daß die Ehefrau an dem Vermögen, das in der Ehe verdient worden ist, in irgendeiner Form beteiligt werden muß. Sehr streitig ist aber, in welcher Weise und in welchem Umfange dies zu geschehen habe.

Wieruszowski hat 1924 auf dem Heidelberger Juristentag (Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, S. 331 ff. und S. 357 ff.) vorgeschlagen, eine reine Gütertrennung vorzusehen, einem Ehegatten aber im Falle der Scheidung einen "Abgeltungsanspruch" und im Falle des Todes des anderen Ehegatten ein erweitertes Erbrecht zu gewähren. Werde die Ehe durch Scheidung aufgelöst, so solle einem Ehegatten als Entgelt für seine Leistungen zum Eheaufwand ein Anspruch auf Beteiligung an der Vermögensmehrung zustehen, die im Vermögen des anderen Ehegatten während der Ehe eingetreten sei. Das Gericht solle nach billigem Ermessen entscheiden, welcher Ehegatte entgeltpflichtig und in welcher Höhe das Entgelt zu gewähren sei. Dabei sei auf die Dauer der Ehe, den Umfang der Beitragsleistung, die Mitwirkung der Ehegatten zu Gewinnerzielung und damit den Zugewinn gebührend Rücksicht zu nehmen. Werde die Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, so sei das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten zu verstärken.

Dieser Vorschlag ist nicht empfehlenswert. Der Richter, der über den Abgeltungsanspruch zu entscheiden hat, wird, worauf auch die Landesjustizverwaltungen 1929/30 hingewiesen haben, vor eine kaum lösbare Aufgabe gestellt. Die Rechtssicherheit wird in weitem Umfange gefährdet. Kein Rechtsanwalt kann einem Ehegatten mit einiger Sicherheit sagen, ob und ggf. in welcher Höhe das Gericht einen Abgeltungsanspruch festsetzen werde. Dadurch wird eine Flut von Rechtsstreitigkeiten heraufbeschworen, fast jedem Scheidungsprozeß wird ein Abgeltungsprozeß folgen. Auch die Verstärkung des Erbrechts ist bedenklich. Sie beeinträchtigt die Testierfreiheit der Ehegatten und führt zu keinen sachgemäßen Lösungen, wenn der Ehegatte, in dessen Person die Vermögensmehrung eingetreten ist, den anderen Ehegatten überlebt. Aus diesem Grunde hat auch das schweizerische Recht die Beteiligung der Frau an der Errungenschaft nicht durch ein erweitertes Erbrecht verwirklicht (Botschaft des Bundesrats

an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904, S. 32). Auch die Landesjustizverwaltungen haben den Vorschlag Wieruszowskis aus diesen Erwägungen fast durchweg abgelehnt.

Hübner (14. Beiheft zur deutschen Rechts-Zeitschrift 1950) hat, in Anlehnung an die Ausführungen von Wieruszowski, vorgeschlagen, die reine Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand vorzusehen und nur dem Ehegatten eine billige Entschädigung zu gewähren, der "in einem Unternehmen, das der andere Ehegatte betrieben hat oder dessen Erträgnisse doch dem anderen ganz oder teilweise zugeflossen sind, unentgeltlich tätig gewesen ist, ohne daß seine Mitarbeit ihren Lohn in einer durch sie verursachten Verbesserung der Lebenshaltung der Eheleute oder nachträglich in einer Zuwendung des anderen Ehegatten gefunden hat". Dieser Vorschlag wertet jedoch die Arbeit einer Hausfrau zu gering. Es wäre unerträglich, einer Frau, die im Geschäft ihres Mannes mitgearbeitet hat, bei Auflösung der Ehe einen Ausgleichsanspruch zu gewähren, nicht aber der Frau, die den ehelichen Haushalt geführt hat; die Arbeitsleistung einer Hausfrau ist oft größer als die einer Geschäftsfrau. Die unterschiedliche Behandlung der Hausfrau und der Geschäftsfrau ist deshalb nicht gerechtfertigt. Auch der weitere Vorschlag Hübners (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 151, S. 416 ff.), einem Ehegatten einen Anspruch auf die Hälfte des Grundstücks zum Miteigentum zu geben, wenn der andere Ehegatte "während der Ehe ein Grundstück in der Absicht erwirbt, auf ihm mit seiner Familie allein oder neben Mietern zu wohnen oder als Garten zu benutzen", ist nicht empfehlenswert, weil es vom Zufall abhängt, ob der andere Ehegatte sein Geld in einem solchen Grundstück oder in sonstigem Grundbesitz oder in anderen Werten anlegt.

In den Vorschlägen zur Reform des Familienrechts ist andererseits, vor allem im Anschluß an das Recht der nordischen

Staaten vorgesehen, daß ein Ehegatte bei Auflösung der Ehe einen Anspruch auf die Hälfte des Gesamtvermögens des anderen Ehegatten haben soll. Diese Regelung wird vor allem vorgeschlagen, weil es in der Praxis zu schwierigen Feststellungen führen werde, wenn ein Ehegatte nur an dem Vermögen beteiligt werden solle, das der andere Ehegatte während der Ehe erworben habe. Dieser Vorschlag führt aber in vielen Fällen zu großen Härten. Gegen ihn sprechen dieselben Bedenken, die gegen die allgemeine Gütergemeinschaft sprechen und die schon den Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches veranlaßt haben, diesen Güterstand nicht als gesetzlichen Güterstand vorzusehen; Auch hier würde der Ehegatte, der nichts mit in die Ehe gebracht hat, bei der Beendigung des Güterstandes grundsätzlich die Hälfte des Vermögens des anderen Ehegatten erhalten, und dies auch dann, wenn die Ehe nur kurze Zeit gedauert hat und möglicherweise durch sein Verhalten zerstört worden ist. Auch ist die Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten nicht so einfach, wie die Vertreter dieses Vorschlages es meinen. Das schwedische Recht enthält sehr spezielle und recht komplizierte Bestimmungen über die Ersatzansprüche, die den Ehegatten gegenseitig zustehen. Der Entwurf hat sich daher diesem Vorschlage nicht anschließen können.

Die meisten Vorschläge empfehlen, um diesen Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten aus dem Wege zu gehen, eine "Zugewinnstgemeinschaft" oder "Zugewinnstbeteiligung". Die Ehegatten sollen während der Ehe im Güterstande der Gütertrennung leben. Jeder Ehegatte soll sein Vermögen ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten verwalten und nutzen. Wird die Ehe aber aufgelöst, so soll der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, an dem Zugewinn des anderen Ehegatten beteiligt werden. Die Beteiligung soll in der Art erfolgen, daß dem Ehegatten ein Geldanspruch gegen den anderen Ehegatten gewährt wird. Einen solchen Güterstand haben die Juristentage in Heidelberg (1924), Lübeck (1931)

und Frankfurt (1950) vorgeschlagen. Ihn haben 1929 und 1930 auch die Justizverwaltungen vieler Länder (z.B. Preußen, Bayern, Hessen, Braunschweig) und auch die meisten Stimmen im Schrifttum (z.B. Boehmer, Bosch, Dölle, Kipp, v. Römelin, Wolff) empfohlen. Der Entwurf schließt sich diesen Vorschlägen an. Er nennt diesen Güterstand jedoch nicht Zugewinnstgemeinschaft oder Zugewinnstbeteiligung, weil dadurch der Eindruck hervorgerufen werden könnte, als wäre ein Ehegatte dinglich an dem Vermögen des anderen beteiligt. Der Entwurf bezeichnet den Güterstand vielmehr als "G ü t e r t r e n n u n g m i t A u s g l e i c h d e s Z u g e w i n n e s"[1].

Der Bundesrat erhob demgegenüber im Grundsätzlichen keine Einwände[2]. Ähnlich wollte die SPD[3] einen gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung mit Gewinnteilung und Verfügungsbeschränkungen einführen. Dabei sollten allerdings verschiedene Gütermassen (gemeinschaftliches Hausgut, Sondervermögen) unterschieden werden.

cc) Weitere Entscheidungshilfen

Auch zum gesetzlichen Güterrecht lagen u.a. Stellungnahmen des 33., 36. und 38. Deutschen Juristentages vor[4].

---

1 cf. Regierungsentwurf I, BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10. 1952, 1. Wahlperiode, S. 50 ff.; in der Sache kaum anders Regierungsentwurf II v. 29.1.1954, BT-Drucksache 224/53, 2. Wahlperiode, S. 33 ff.

2 cf. Regierungsentwurf I, BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10. 1952, Anlage A, S. 2 ff.; ferner auch Regierungsentwurf II v. 29.1.1954, BT-Drucksache 224/53, 2. Wahlperiode, Anlage 2, S. 86 f.

3 cf. BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I, Ziffer 14.

4 Schon der Heidelberger Juristentag empfahl 1924 als gesetzlichen Güterstand die "Zugewinnstgemeinschaft"; cf. ferner die Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages, Referat Scheffler, B 30 (Leitsatz) und Referat Ulmer, B 41 ff.

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

In allen hier vorliegenden Entscheidungen war zunächst zu klären, ob der alte gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung entfallen war oder nicht.

aa) Die Gruppe der drei Entscheidungen, die im Grundsatz am alten gesetzlichen Güterstand festhielten

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Zwei[1] der drei Gerichte, die die Fortgeltung des alten gesetzlichen Güterstandes begründeten, stützten sich auf verfassungsrechtliche Bedenken gegen Art. 117 GG (Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit, Gewaltenteilung, beschränkte Mittel der Rechtsprechung). Das im Ergebnis ebenso entscheidende OLG Schleswig[2] gründete seine Auffassung auf die Annahme, der Güterstand der vor dem 1.4.1953 geschlossenen Ehen beruhe auf stillschweigender Vereinbarung der Eheleute, die Art. 3 II GG nicht zu beseitigen vermöge.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Diese drei Beschlüsse erfolgten im ersten Jahr der Rechtsprechung zu Art. 3 II GG. Dennoch ist nicht verständlich, warum das LG Lübeck und das OLG Köln durch kein Zitat erkennen ließen, daß ihre Auffassung bestritten war und in Literatur und Rechtsprechung überwiegend nicht geteilt wurde. Dasselbe gilt für das OLG Schleswig. Auch dort wird nicht deutlich, daß diese Auffassung bis dahin von keinem anderen

---

1 cf. LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

2 OLG Schleswig v. 9.7.1953 in JR 1954, 53.

Gericht vertreten worden war.

bb) Die Gruppe der übrigen Gerichte, die alle jedenfalls den Fortfall des alten gesetzlichen Güterstandes annahmen

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Die übrigen Gerichte, die alle den Fortfall des alten gesetzlichen Güterstandes annahmen, kleideten dies entweder in die bündige Feststellung, der alte gesetzliche Güterstand widerspreche Art. 3 II GG und sei daher entfallen[1] oder versahen diese Feststellung noch mit einer kurzen Begründung im Sinne des oben vor (1)[2] dargestellten Aspektes[3].

---

1 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; LG Kiel v. 24.4. 1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 137; LG Mainz v. 3.6.1953 in NJW 1953, 1107; LG Braunschweig v. 25.6.1953 in NdsRpfl 1953, 144; SchlHOLG v. 12.10. 1953 in MDR 1953, 748 Nr. 561 II ; KG Berlin v. 4.11. 1953 in JR 1954, 346; BGH, Beschluß v. 21.12.1953 - IV ZR 187/52 - in Rpfleger 1954, 143/144; OLG Stuttgart v. 14. 5. 1954 in FamRZ 1954, 248; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383; SchHOLG v. 11. 7.1956 in SchlHA 1956, 269; OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561; LG Hamburg v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 322.

2 cf. oben S. 97.

3 cf. LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Celle v. 19. 5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266/279 ff.; LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Eine argumentative Auseinandersetzung im Sinne der vom Schrifttum entwickelten oben dargestellten Kontroverse, welcher gesetzliche Güterstand - vor allem ob Gütertrennung oder Gütergemeinschaft - seit dem 1.4.1953 gelten sollte, erfolgte weitgehend nicht. Einzige Ausnahmen blieben insoweit das OLG Celle[1] und das AG Flensburg[2]. Dies läßt sich nicht damit erklären, daß es darauf in den vorliegenden Entscheidungen nicht ankam. In allen Beschlüssen, die erkennen ließen, welcher gesetzliche Güterstand seit dem 1.4.1953 herrschen sollte, kam es auf diese Feststellung an: Zumeist ging es darum, die zutreffende Rechtsgrundlage für eine Prozeßkostenvorschußpflicht unter Ehegatten zu finden, die im alten gesetzlichen Güterrecht und auch im Recht der Errungeschaftsgemeinschaft vorhanden war, mindestens im vertraglichen Güterrecht der Gütertrennung aber fehlte. Ähnlich oft hatten die Gerichte darüber zu befinden, ob die Ehefrau über ihr Vermögen nur mit Zustimmung des Ehemannes verfügen durfte.

Die Tatsache, daß der BGH durch Urteil v. 14.7.1953[3] die Errungenschaftsgemeinschaft ablehnte, macht auch nur plausibel, warum danach, nicht aber wieso vorher dieser Güterstand von den Gerichten überhaupt nicht erwogen wurde als neuer gesetzlicher Güterstand.

Demgegenüber wurde z.T. auf die vor allem im Zusammenhang mit der Prozeßkostenvorschußpflicht zu beantwortende Frage eingegangen, ob die weit überwiegend als neuer gesetzlicher Güterstand angenommene Gütertrennung die Übernahme des vor dem 1.4.1953 bestehenden Rechtszustandes bei vertraglicher Gütertrennung bedeute[4]. Soweit dazu Gründe genannt wurden,

---

1 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

2 AG Flensburg v. 26.11.1953 in SchlHA 1954, 102.

3 BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266/280f

4 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; KG Berlin v. 4.11.1953 in JR 1954, 346; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

liefen diese darauf hinaus, der Gesetzgeber habe bei der Konzeption des Güterstandes der vertraglichen Gütertrennung dessen starke Verbreitung nicht vorausgesehen. Mangels Frauenvermögens in den meisten Ehen könne der eigentliche Zweck dieses Güterstandes gar nicht erreicht werden. Im übrigen habe Art. 3 II GG den bisherigen Normzusammenhang dermaßen durchlöchert, daß bis zum 31.3.1953 gültige Schlußfolgerungen nun nicht mehr möglich seien[1].

Einigen Gerichten[2] genügte allerdings die Feststellung, daß nunmehr kraft Gesetzes Gütertrennung bestehe, zur Bejahung der Prozeßkostenvorschußpflicht. Daß bis zum 31.3. 1953 bei vertraglicher Gütertrennung eine Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen den Ehegatten einhellig abgelehnt worden war und damit genauer festzustellen war, was nunmehr gesetzliche Gütertrennung bedeutete, wurde verschwiegen.

Dasselbe Vorgehen findet sich - mit umgekehrtem Vorzeichen - bei zwei weiteren Beschlüssen[3]. Das OLG Koblenz und das OLG Neustadt gingen von Gütertrennung als gesetzlichem Güterstand aus und legten dabei ohne weitere Erörterung den bis zum 31.3.1953 bei vertraglicher Gütertrennung geltenden Rechtszustand zugrunde.

---

1 cf. OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBl 1953, 201; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248.

2 cf. OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; AG Bremerhaven v. 20.6. 1955 in FamRZ 1955, 260; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269.

3 cf. OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265.

(3) Zitierweise

Viele Entscheidungen kamen ohne Zitate aus[1]. Nur wenige Beschlüsse zitierten Gegenmeinungen[2] und hängten nicht bloß Hinweise zur Bestärkung der eigenen Lösung an. Daß sich hinter dem Begriff "Gütertrennung" im übrigen durchaus entscheidungsrelevante unterschiedliche Auffassungen verbargen, war den Zitaten keines Gerichts klar zu entnehmen. Sechs Gerichte[3] bezogen Teile der jeweils aktuellen Gesetzgebungsvorhaben in ihre Überlegungen ein. Dabei diente dem OLG Köln[4] die Tatsache, daß kein Gesetzesentwurf die Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand vorsah, zur Bestärkung, diesen Güterstand als gesetzliches Güterrecht abzulehnen. Das OLG Braunschweig[5] verwies auf dieselben Entwürfe, allerdings nur, um die Errungenschaftsgemeinschaft abzulehnen und seinerseits Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand zu bejahen.

---

1 cf. LG Mannheim v. 14.5.1953 in NJW 1953, 665; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; OLG Schleswig v. 9.7.1953 in JR 1954, 63; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; AG Bremerhaven v. 20.6.1955, in FamRZ 1955, 260; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269.

2 cf. BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 -in BGHZ 10, 266/280; LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161; AG Flensburg v. 26.11.1953 in SchlHA 1954, 102.

3 cf. OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161; OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383; LG Hamburg v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 322; OLG Celle v. 6.12.1957 in FamRZ 1958, 108.

4 OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

5 LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161.

Eine Vorwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes im Sinne einer vor dem 1.7.1958 wirksamen Zugewinnregelung wurde vor allem unter Hinweis auf die bis zum 30.6.1958 mögliche Erklärung der Ehegatten, Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand zu wollen, abgelehnt[1].

(4) Vorurteile

Als besonders widersprüchlich und von weltanschaulichen Vorurteilen beladen erwies sich der die Errungenschaftsgemeinschaft bejahende Beschluß des OLG Celle[2]. Als widersprüchlich deswegen, weil zunächst festgestellt wurde, ein rechtliches Vakuum, das überwiegend weltanschaulich auszufüllen sei, bestehe in der Frage, was nun gesetzliches Güterrecht sei , nicht. Daran schloß sich sodann eine Anhäufung weltanschaulicher Aspekte an. Gesichtspunkte wie die "göttliche Ordnung", "christliches und religiöses Volksempfinden", die "Unerwünschtheit fraulicher Erwerbstätigkeit" und "ehe- und mutterfreundliches bzw. scheidungsfeindliches Eherecht" nahmen wesentliche Teile der Gründe ein.

Daß auch der BGH derlei Gesichtspunkte für entscheidungsrelevant hielt, ließ das Urteil vom 14.7.1953[3] erkennen. Der BGH hielt allerdings die frauliche Verselbständigung für zeitgemäß. Mithin standen sich zwei gesellschaftspolitische Zielvorstellungen gegenüber, die - nicht einmal versteckt als Kryptoargumente - die Entscheidungen beeinflußten.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Erörterungen zur Abgrenzung vom Gesetzgeber fanden sich bei einigen Gerichten. Im Vordergrund stand auch hier die

---

1 cf. LG Hamburg v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 322; OLG Celle v. 6.12.1957 in FamRZ 1958, 108.

2 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

3 cf. BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266/280 f.

Frage, ob Art. 117 GG in seiner Wirkung zu beschränken sei, weil Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit, Gewaltenteilung und unzulängliche Entscheidungskriterien der Gerichte dies verlangten[1] oder ob die Entscheidungsgrundlagen hier ausreichend bestimmt seien und von einem rechtlichen, nur politisch auszufüllenden Vakuum nicht die Rede sein könne[2].

Drei Gerichte[3] waren schließlich der Auffassung, die Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung seien mit der Schaffung eines völlig neuen Güterrechts (d.h. eines Güterstandes ohne Vorbild im alten Recht) überschritten.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zum gesetzlichen Güterrecht, §§ 1363 ff. BGB

Der weit überwiegende Teil der Rechtsprechung nahm zwar seit dem 1.4.1953 "Gütertrennung" als gesetzlichen Güterstand an. Dennoch bestand insoweit keine einheitliche Rechtsprechung, als dieser Begriff teils den Rechtszustand der vor dem 1.4.1953 geltenden vertraglichen Gütertrennung, teils einen diesem Rechtszustand angenäherten Güterstand, teils eine Rechtslage umschrieb, die allgemein überall dort gilt, wo Vermögensmassen beziehungslos nebeneinander stehen.

Diese unterschiedlichen Gedanken waren - vor allem in der Frage der Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen den Ehegatten - ergebnisrelevant ohne in den Beschlüssen als unterschiedlich zum Ausdruck zu kommen. Der allgemein gebrauchte Be-

---

1 cf. LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

2 cf. OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - BGHZ 10, 266/269 ff.; LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161; AG Flensburg v. 26.11.1953 in SchlHA 1954, 102.

3 cf. OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383; LG Hamburg v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 322; OLG Celle v. 6.12.1957 in FamRZ 1958, 108.

griff "Gütertrennung" und das Fehlen entsprechender Zitate verdeckten diese Differenzen. Erst recht fehlte eine Auseinandersetzung mit den Befürwortern einer Gütergemeinschaft als neuem gesetzlichen Güterstand. Dies war - bevor der BGH seinen Standpunkt darlegte - unausgesprochen an der Verkehrsfeindlichkeit und damit Praxisferne dieser Güterstände gelegen haben und sicher auch daran, daß der alte gesetzliche Güterstand auf der Gütertrennung aufbaute. Nicht verständlich ist aber, warum die Entscheidungen dazu kaum entsprechende Äußerungen enthielten. Es muß demnach beinahe jedem Gericht - mit Ausnahme des OLG Celle und des AG Flensburg - als abwegig und nicht der Erörterung würdig erschienen sein, bei Fortfall des alten gesetzlichen Güterstandes das gesamte Güterrecht in die Überlegungen richterlicher Rechtsbildung einzubeziehen.

9. Die Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten bei gesetzlichem Güterstand, § 1387 BGB

Der Wortlaut des § 1387 BGB am 1.4.1953:

"Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet, zu tragen:

1. Die Kosten eines Rechtsstreits, in welchem er ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht geltend macht, sowie die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt, sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgut zur Last fallen;

2. Die Kosten der Verteidigung der Frau in einem gegen sie gerichteten Strafverfahren, sofern die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist oder mit Zustimmung des Mannes erfolgt, vorbehaltlich der Ersatzpflicht der Frau im Falle ihrer Verurteilung."

a) Überblick

Von dieser Rechtsprechung liegen zweiundachtzig Beschlüsse und Urteile vor. Davon sind dreiundzwanzig nicht oder nur im Leitsatz veröffentlicht. Die Rechtsprechung war weder im Ergebnis noch in den Gründen einheitlich. Siebenunddreißig der veröffentlichten Beschlüsse bejahten die gegenseitige Prozeßkostenvorschußpflicht des leistungsfähigen gegenüber dem bedürftigen Ehegatten[1]. Zu demselben Ergebnis kamen zehn weitere nicht veröffentlichte Entscheidungen[2].

---

1 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126; LG Gießen v. 18.4.1953 in NJW 1953, 666; LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953 128;OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Braunschweig v. 6.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Braunschweig v. 7.5. 1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Hamm v. 9.5.1953 in JMBL NRW 1953, 149; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; LG Lübeck v. 18.5. 1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Köln v. 22. 5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; HansOLG Bremen v. 17.6.1953 in MDR 1954, 366; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; SchlHOLG v. 20.1. 1954 in SchlHA 1954, 146; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676; LG Freiburg v. 18.8.1954 in FamRZ 1955, 175; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259; OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323.

2 cf. OLG Stuttgart v. 25.4.1953 in NJW 1953, 906; KG Berlin v. 7.5.1953 zitiert in KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 337; OLG Hamm v. 12.5.1953 in Rpfleger 1955, 260; OLG Hamm v. 21.5.1953 in NJW 1953, 905; OLG Celle v. 1.6.1953 zitiert in OLG Celle v. 13.5.1954 in NdsRpfl 1954, 150; OLG Frankfurt v. 12.6.1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II; LG Kassel v. 14.7.1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II; OLG Celle v. 25.7. 1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II ; OLG Hamm v. 2.11.1953 in Rpfleger 1955, 260; OLG Braunschweig v. 21.12.1953 in Anm. zu Nr. 336 in MDR 1954, 366.

Innerhalb dieses Blocks von siebenundvierzig Beschlüssen gab es Nuancen, die aber deswegen nicht in jeder Entscheidung zum Ausdruck kamen, weil es nicht immer darauf ankam, genauer zu differenzieren. Diese Nuancen ließen Einschränkungen der gegenseitigen Vorschußpflicht erkennen:

So bejahte das LG Kiel[1] diese Pflicht nur für Ehescheidungs- und ähnliche Prozesse. In zahlreichen anderen Beschlüssen[2] kam eine ähnliche Tendenz zum Ausdruck, indem man für eine Prozeßkostenvorschußpflicht nur im Hinblick auf lebensnotwendige (insbesondere Status-)Prozesse eintrat.

Teilweise sprachen sich die Gerichte dafür aus, daß der vorschußberechtigte Partner ohne eigene Einkünfte (Einkommen, Vermögen) sein[3] und der vorschußverpflichtete Ehegatte leistungsfähig sein müsse[4]. Das OLG Nürnberg[5] endlich fand eine weitere Einschränkung der Prozeßkostenvorschußpflicht bei Rechtsmißbrauch und klar aussichtslosem Klageantrag.

---

1 LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134.

2 cf. AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259.

3 cf. OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

4 cf. LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

5 OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

Es liegen weiter vier veröffentlichte Beschlüsse von Gerichten vor[1], die die Prozeßkostenvorschußpflicht ablehnten, dies aber taten, weil der potentiell Vorschußpflichtige zahlungsunfähig war[2] bzw. die den Vorschuß verlangende Ehefrau eigene Mittel hatte[3] bzw. der Klageantrag aussichtslos war[4] oder der Prozeß sich nicht auf den rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Bestand der ehelichen Gemeinschaft auswirkte[5]. Diese vier Entscheidungen passen demnach in die oben dargestellte Tendenz der Gruppe der die Prozeßkostenvorschußpflicht bejahenden Gerichte, dieser Pflicht Grenzen zu setzen.

Eine deutliche und grundsätzliche Ablehnung einer Prozeßkostenvorschußpflicht unter Ehegatten war in dreizehn veröffentlichten Beschlüssen enthalten[6]. Dasselbe Ergebnis fand sich n

---

1 cf. SchlHOLG v. 20.6.1956 in SchlHA 1956, 269; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269; OLG Hamm v. 2.4.1957 in MDR 1957, 494; OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBL NRW 1957, 233.

2 cf. OLG Hamm v. 2.4.1957 in MDR 1957, 494.

3 cf. SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269.

4 cf. OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBL NRW 1957, 233.

5 cf. SchlHOLG v. 20.6.1956 in SchlHA 1956, 269.

6 cf. OLG Hamm v. 10.4.1953 in MDR 1953, 362; LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 337; HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Neustadt v. 2.6. 1953 in JR 1953, 263; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; OLG Karslruhe v. 10.1.1956 in NJW 1956, 515; HansOLG Hamburg v. 16.5. 1957 in MDR 1957, 561; OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106.

elf nicht veröffentlichten Entscheidungen[1]. Da insoweit aber Sachverhalt und Gründe nicht nachprüfbar sind, ist nicht deutlich auszumachen, wieweit diese Beschlüsse die Vorschußpflicht aus prinzipieller Ablehnung verneinten bzw. inwieweit sie zur Gruppe der oben genannten vier Entscheidungen[2] gehörten, die diese Pflicht ablehnten, weil im Einzelfall deren Voraussetzungen fehlten.

Diesem Block der die Prozeßkostenvorschußpflicht grundsätzlich verneinenden Beschlüsse stehen drei Entscheidungen des SchlHOLG[3] nahe, die diese Pflicht auf ehefördernde Anträge beschränken. Der Ehegatte, der auf Scheidung klagte, sollte- unabhängig von der Begründetheit der Klage - keinen Anspruch auf einen Prozeßkostenvorschuß haben. Einen solchen Anspruch hatte er nach dieser Rechtsprechung nur, wenn er selbst verklagt wurde und Klageabweisung beantragte. Diese Einschränkung der Prozeßkostenvorschußpflicht wurde nur vom SchlHOLG und dort wiederum nur vom ersten und dritten Senat vertreten.

Übrig bleiben vier Beschlüsse: Das OLG Frankfurt[4] nahm die Frage der Prozeßkostenvorschußpflicht zum Anlaß, die Wirksamkeit der Art. 3 II, 117 GG in Frage zu stellen und erließ einen Vorlagebeschluß an das Bundesverfassungsgericht

---

1 cf. LG Mannheim v. 16.4.1953 in Anm. zu Nr. 7 in NJW 1953, 665; LG Hamburg v. 23.4.1953 in Anm. zu Nr. 248 in MDR 1953 362; LG Aachen v. 28.4.1953 in Anm. zu Nr. 248 in MDR 1953 362; OLG Hamburg v. 11.5.1953 in NJW 1953, 909; AG Hamburg v. 12.5.1953 in Anm. zu Nr. 248 in MDR 1953, 362; OLG Braunschweig v. 13.5.1953 in Anm. zu Nr. 248 in MDR 1953, 362; OLG Karlsruhe v. 16.5.1953 zitiert in OLG Karlsruhe v. 22.5. 1953 in NJW 1953, 908/909; LG Hamburg v. 9.6.1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II; OLG Köln v. 7.7.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 14.7.1953 in NJW 1953, 1225 in Anm. der Schriftleitung; OLG Düsseldorf v. 9.10.1953 in Anm. zu Nr. 9 in NJW 1954, 1163.

2 cf. SchlHOLG v. 20.6.1956 in SchlHA 1956, 269; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269; OLG Hamm v. 2.4.1957 in MDR 1957, 494; OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBL NRW 1957, 23.

3 SchlHOLG v. 17.2.1954 in SchlHA 1954, 104; SchlHOLG v. 17. 2.1955 zitiert in SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30.

4 OLG Frankfurt v. 22.4.1953 in NJW 1953, 746.

nach Art. 100 I GG. Der BGH ließ in zwei Entscheidungen[1] offen, ob die Ehegatten untereinander eine Prozeßkostenvorschußpflicht traf. Der Beschluß des LG Gießen v. 11.5.1953[2] wird endlich zweimal und zwar in sich widersprechender Weise zitiert.

Das Ausmaß der Unsicherheit, Widersprüchlichkeit und Wirrnis der Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht erhellt nicht nur aus der Zahl der einander konträren Entscheidungen. Bei Betrachtung der zeitlichen Entwicklung vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 wird deutlich, daß die Gerichte zu keinem Zeitpunkt zu einer im Ergebnis einheitlichen Rechtsprechung fanden. Immerhin lehnten von den hier vorliegenden zeitlich jüngsten zehn veröffentlichten Beschlüssen[3] vom Jahresende 1955 bis zum Anfang des Jahres 1958 neun die Vorschußpflicht ab - davon fünf[4] aus grundsätzlichen Erwägungen. Besonders deutlich wird dies im

---

1 BGH, Beschluß v. 21.12.1953 - IV ZR187/52 - in Rpfleger 1954, 143/145; BGH, Beschluß v. 23.7.1954 - IV ZR 142/54 - in NJW 1955, 219.

2 a) LG Gießen v. 11.5.1953 - 2 R 417/52 - Anm. zu Nr. 303 in MDR 1953, 425: Die Prozeßkostenvorschußpflicht wird aus Gewohnheitsrecht bejaht; b) LG Gießen v. 11.5.1953 - 2 R 417/52 - in Anm. zu Nr. 248 in MDR 1953, 362: Hier wird das LG Gießen zitiert für den Fortfall der Prozeßkostenvorschußpflicht.

3 cf. OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; OLG Karlsruhe v. 10.1.1956 in NJW 1956, 515; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; SchlHOLG v. 20.6.1956 in SchlHA 1956, 269; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269; OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323; OLG Hamm v. 2.4.1957 in MDR 1957, 494; OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBL NRW 1957, 233; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561; OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106.

4 cf. OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 256; OLG Karlsruhe v. 10.1.1956 in NJW 1956, 515; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 494; OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106.

Beschluß des OLG Neustadt vom 17.1.1958[1]: Darin wurde unter Hinweis auf die eigene ständige Rechtsprechung und darauf, daß der eigene Standpunkt in der sonstigen obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum vielfach vertreten werde, die Vorschußpflicht weiter abgelehnt. Eine Vorwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes, das weitgehend der Gegenmeinung entsprach, wurde verneint.

Nun muß es schon für den einzelnen Rechtssuchenden unerträglich gewesen sein, z.B. als Antragsteller im Bereich des OLG Neustadt (ständige Rechtsprechung: Keine Prozeßkostenvorschußpflicht[2]) zu wissen, daß z.B. das OLG Celle in genau entgegengesetzter ständiger Rechtsprechung die Prozeßkostenvorschußpflicht bejahte[3]. Nicht nur ungleich behandelt, sondern geradezu als Teilnehmer eines Glücksspiels muß sich aber derjenige gefühlt haben, der an ein Gericht geriet, dessen verschiedene Senate in der Frage der Prozeßkostenvorschußpflicht uneins waren. Diese Konstellation bestand einmal beim SchlHOLG. Dort beschränkten der erste und dritte Senat die Prozeßkostenvorschußpflicht auf ehefördernde Prozesse, verneinte die Pflicht also bei einem Antrag auf Scheidung der Ehe.[4] Der zweite, fünfte und sechste Senat des SchlHOLG nahm diese wichtige Einschränkung der Prozeßkostenvorschußpflicht nicht vor[5].

---

1 OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106.

2 OLG Neustadt v. 2.6.1953 in JR 1953, 263; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106.

3 OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

4 SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; SchlHOLG v. 17.2.1954 in SchlHA 1954, 104; SchlHOLG v. 17.2.1955 zitiert in SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30.

5 SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; SchlHOLG v. 20.6.1956 in SchlHA 1956, 269; SchlHOLG v. 11.7.1956 in SchlHA 1956, 269.

Ähnlich war es beim OLG Köln - der erste Senat verneinte in "ständiger Rechtsprechung" die Prozeßkostenvorschußpflicht[1], der vierte, fünfte und sechste Senat bejahte sie[2] - und beim OLG Hamm, wo der zweite und sechste Senat für die Prozeßkostenvorschußpflicht eintrat[3], während der vierte Senat sie einmal für den Ehemann ablehnte[4] und dann wieder zu Lasten des leistungsfähigen Gatten befürwortete[5].

Beim OLG München vertrat der siebte Senat die Auffassung, die Prozeßkostenvorschußpflicht bestehe fort[6] und der vierte Senat behauptete das Gegenteil[7].

Beim KG Berlin bejahte der zehnte Senat die Vorschußpflicht[8] und der zwölfte Senat verneinte sie[9].

Der vierte und zehnte Senat des OLG Düsseldorf begründete die Fortgeltung der Prozeßkostenvorschußpflicht[10], der dreizehnte Senat lehnte sie ab[11]. Schließlich liegen auch vom LG Hamburg einander wi-dersprechende Beschlüsse vor[12].

---

1 OLG Köln v. 7.7.1953 in NJW 1953, 1104; OLG Köln v. 14.7.1953 in NJW 1953, 1225 in Anm. der Schriftleitung.

2 OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259.

3 OLG Hamm v. 9.5.1953 in JMBL NRW 1953, 149; OLG Hamm v. 21.5.1953 in NJW 1953, 905; OLG Hamm v. 2.11.1953 in Rpfleger 1955, 260.

4 OLG Hamm v. 10.4.1953 in MDR 1953, 362.

5 OLG Hamm v. 12.5.1953 in Rpfleger 1955, 260.

6 OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490.

7 OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829.

8 KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304.

9 KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 337.

10 OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126.

11 OLG Düsseldorf v. 9.10.1953 in Anm. zu Nr. 9 in NJW 1954, 1163.

12 LG Hamburg v. 23.4.1953 in Anm. zu Nr. 248 in MDR 1953, 362 und LG Hamburg v. 9.6.1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II verneinten die Prozeßkostenvorschußpflicht; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249 bejahte die Prozeßkostenvorschußpflicht.

Im Ergebnis kann festgestellt werden: Die Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht war über den ganzen Zeitraum vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 uneinheitlich und zerstritten. Der einzelne Rechtssuchende mußte die ihm gegenüber ergehende Entscheidung vielfach als ungerecht und vom Zufall diktiert empfinden. Wohnsitz und Geschäftsverteilungsplan des zuständigen Gerichts präjudizierten den Beschluß. Die liebgewordene eigene ständige Rechtsprechung, sei es eines Gerichtes oder nur eines Senates war den Richtern offenbar wertvoller geworden als Rechtssicherheit, d.h. vor allem die Gleichheit der Entscheidungen und ihre Voraussehbarkeit.

Das Gleichberechtigungsgesetz führte dann die gegenseitige Prozeßkostenvorschußpflicht in persönlichen Angelegenheiten ein, falls ein Ehegatte zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits außerstande war und die Kostenvorschußpflicht der Billigkeit entsprach.

b) Spektrum der Argumente zur Prozeßkostenvorschußpflicht, § 1387 BGB

aa) Die Literatur

In der Literatur vertrat man z.T. die Ansicht, eine Prozeßkostenvorschußpflicht unter Ehegatten sei bei gesetzlichem Güterstand mit Ablauf des 31.3.1953 ersatzlos entfallen. Man argumentierte:

(1) Die Vorschriften der §§ 1363 ff. BGB, also auch die bisher überwiegend als Rechtsgrundlage der Prozeßkostenvorschußpflicht bejahte Vorschrift des § 1387 BGB, seien unwirksam. Dies ergebe sich aus dem systematischen Zusammenhang der Norm des § 1387 BGB mit den gegen Art. 3 II, 117 GG verstoßenden Regelungen des bisherigen gesetzlichen Güterrechts, bzw. daraus, daß die Prozeßkostenvorschuß-

pflicht ihre abschließende Regelung im Güterrecht gefunden habe[1].

(2) Es gebe keine Regelungslücke, die zu schließen wäre, da neuer gesetzlicher Güterstand "Gütertrennung" sei, wofür schon früher eine Prozeßkostenvorschußpflicht abgelehnt worden sei[2].

(3) Die Prozeßkostenvorschußpflicht lasse sich nicht aus Art. 3 II GG ableiten, da der u.U. anspruchsberechtigte Ehegatte das Armenrecht beantragen könne und auch dann noch eine freie Anwaltswahl habe[3].

(4) Fiskalische Gründe - etwa die Überlegung, den leistungsfähigen Ehegatten für vorschußpflichtig zu erklären, um den Fiskus (durch das dann entfallende Armenrecht) zu entlasten - dürften in der Frage der Prozeßkostenvorschußpflicht keine Rolle spielen (so schon die Motive IV, S. 696 ff.)[4].

(5) Auf Gewohnheitsrecht sei die Prozeßkostenvorschußpflicht nicht zu gründen, da man sie bisher bei vertraglicher Gütertrennung verneint habe. Angesichts des aktuellen Streitstandes könne sich auch nicht neues Gewohnheitsrecht gebildet haben[5].

(6) Das Unterhaltsrecht liefere keine Grundlage, weil die Vorschußpflicht systematisch bisher im Güterrecht angesiedelt war. Andernfalls wäre die bisherige, bis zum 31.3.1953 gebrauchte Begründung der Vorschußpflicht aus § 1387 BGB überflüssig gewesen. Schließlich käme man auch sonst zu dem unmöglichen und unerwünschten Ergebnis einer Prozeßko-

---

1 cf. Fünfstück, S. 264; Hoffmann, S. 201; Lauterbach, S. 1538f.; Reinicke, S. 684.

2 cf. Lauterbach, S. 1358 f.

3 cf. Lauterbach, S. 1358 f.; Reinicke, S. 684.

4 cf. Lauterbach, S. 1358 f.; Reinicke, S. 684.

5 cf. Lauterbach, S. 1358 f.; Reinicke, S. 684.

stenvorschußpflicht der unterhaltspflichtigen Verwandten untereinander[1].

(7) Die Vorschußpflicht sei auch nicht aus der ehelichen Lebensgemeinschaft und ihren Fürsorge- und Treuepflichten abzuleiten. Dies ergebe sich wiederum aus der abschließenden Regelung der Frage im Güterrecht und zusätzlich aus den Motiven (Motive IV, S. 640). Schließlich sei es widersinnig, etwa die Vorschußpflicht eines Ehemannes aus der ehelichen Lebensgemeinschaft abzuleiten mit der Folge, daß die Ehefrau den Vorschuß für den Scheidungsprozeß, also zur Ehezerstörung, verwende[2].

(8) Auch aus § 627 ZPO allein lasse sich eine Vorschußpflicht nicht bejahen. Der Reichsjustizminister sei 1938 bei der Reform dieser Vorschrift (eingeführt durch § 39 der 1.DVO zum EheG aufgrund des § 131 EheG) nicht befugt gewesen, für die Prozeßkostenvorschußpflicht einen neuen Schuldgrund zu setzen. Außerdem sei 1938 die Schaffung einer materiellrechtlichen Grundlage für die Vorschußpflicht auch überflüssig gewesen, da in diesem Zusammenhang entsprechende materiell-rechtliche Vorschriften bereits bestanden hätten (mit Ausnahme bei der vertraglichen Gütertrennung)[3].

Die Gegenansicht, wonach die Prozeßkostenvorschußpflicht unter Ehegatten fortbestehen sollte (allerdings als gegenseitige Vorschußpflicht), war in der Begründung nicht einheitlich.

(9) Sie stützte sich z.T. auf § 627 ZPO, von dem man behauptete, diese Norm sei als selbständige materiell-rechtliche Grundlage auszulegen[4].

---

1 cf. Lauterbach, S. 1358 f.; Reinicke, S. 684.
2 cf. Lauterbach, S. 1358 f.; Reinicke, S. 684.
3 cf. Lauterbach, S. 1358 f.; Reinicke, S. 684.
4 cf. Scheffler, Auslegung, S. 88.

Andere Autoren leiteten die Vorschußpflicht allgemein aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ab:

(10) Vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches sei diese Pflicht Teil der allgemeinen Unterhaltspflicht der Ehegatten gewesen. Nach dem Fortfall des alten gesetzlichen Güterrechts aufgrund der Art. 3 II, 117 GG sei die Einordnung im Güterrecht ohne Einfluß. Die alte Systematik lebe wieder auf[1].

(11) Lebenswichtige Prozesse gehörten an sich zum Lebensbedarf. Die Differenzierung zwischen Vorschußpflicht und Unterhalt könne daher entfallen[2].

(12) Die Verbindung der Vorschußpflicht zum Güterrecht sei nur lose. Die Vorschußpflicht beruhe in Wahrheit auf den ehelichen Beziehungen der Gatten, wonach jeder für den anderen einzutreten habe. Im übrigen dürfe die funktionelle Arbeitsteilung der Ehepartner niemanden benachteiligen. Wer Geld verdiene oder sonstiges Vermögen habe, müsse dem bedürftigen Gatten den Vorschuß leisten[3].

Endlich sahen Teile der Literatur die eigentliche Grundlage der Vorschußpflicht im Unterhaltsrecht:

(13) Der Wortlaut des § 1610 BGB erfasse auch die Prozeßkosten, die zum "Lebensbedarf" gehörten. Rechtsstreitigkeiten zählten zu den persönlichen Bedürfnissen mindestens dann, wenn sie persönliche Belange wie in Ehesachen berührten[4].

(14) Die Gerichte hätten (wie der Gesetzgeber) den Lebensanschauungen zu folgen, soweit diese einheitlich oder über-

---

1 cf. Dölle, S. 359 f.
2 cf. Dölle, S. 359 f.
3 cf. Breetzke, S. 614 f.; Stoldt, S. 92 ff.
4 cf. Seidel, S. 373 ff.; Stoldt, S. 92 ff.

wiegend feststellbar seien. In diesem Zusammenhang sei der SPD-Entwurf zu beachten, der die Vorschußpflicht enthalte, und der Regierungs-Entwurf, der mit der Konzeption der Zugewinngemeinschaft immerhin eine auf die Vorschußpflicht hinweisende Tendenz aufweise[1].

(15) Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch seien von falschen Annahmen ausgegangen: Das Preußische ALR, die Rechtsprechung und die Literatur seien weitgehend falsch ausgewertet worden. Im übrigen seien die Motive auch nicht entscheidend, sondern in Zweifelsfragen nur von klärender Bedeutung[2].

(16) Daß die Vorschußpflicht besonders bedeutsam bei Ehescheidungsverfahren sei, begründe keinen Widerspruch zu ihrer dogmatischen Rechtsgrundlage. Ein besonders häufiger Fall sei der, daß die Ehefrau den Ehemann auf Scheidung der Ehe verklage. Bei Klageerfolg trage der Gatte dann ohnehin die Kosten und andernfalls bleibe die Ehe erhalten[3].

bb) Der Gesetzgeber

Beide Regierungs-Entwürfe und der FDP-Entwurf sahen keine ausdrückliche Regelung einer Prozeßkostenvorschußpflicht vor. Offen blieb damit, ob die Frage der Vorschußpflicht nunmehr aus dem Unterhaltsrecht zu beantworten war.

Die SPD[4] plante eine gegenseitige Prozeßkostenvorschußpflicht für die Kosten eines Strafverfahrens oder sonstigen Rechtsstreits sowie bei Erhebung einer Klage gegen den ande-

---

1 cf. Seidel, S. 373 ff.

2 cf. Seidel, S. 373 ff.

3 cf. Seidel, S. 373 ff.

4 cf. Entwurf der SPD, BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I, Ziffer 10.

ren Ehegatten, falls ein Ehegatte zur Bestreitung der Kosten außerstande war. Diese Pflicht war im übrigen in die sonstigen Regelungen des Unterhaltsrechts einbezogen.

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

aa) Die Gruppe der siebenundvierzig die Prozeßkostenvorschußpflicht bejahenden Entscheidungen

Der Eindruck einer in sich gänzlich uneinheitlichen Rechtsprechung vervollständigt sich bei Analyse der Gründe der in den Ergebnissen ähnlichen Beschlüsse . Da ist zunächst die Gruppe der siebenundvierzig die Vorschußpflicht bejahenden Entscheidungen.

(1) Die Rechtsgrundlage für die eigene Entscheidung

Von den darunter befindlichen siebenundreißig veröffentlichten Entscheidungen stützten sich vier auf § 627 ZPO[1], vierzehn auf allgemeine Ehewirkungen, die eheliche Fürsorgepflicht u.ä.[2], acht auf die Unterhaltspflicht der

---

1 cf. OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Hamm v. 9.5.1953 in JMBL NRW 1953, 149; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304.

2 cf. OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126 ; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; HansOLG Bremen v. 17.6.1953 in MDR 1954, 366; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

Ehegatten[1], drei auf § 1387 BGB[2] und eine auf Gewohnheitsrecht[3].

Fünf Gerichte[4] begründeten ihren Beschluß sowohl aus dem Unterhaltsrecht wie aus den allgemeinen Ehewirkungen. Das OLG Celle[5] und das OVG Lüneburg[6] leiteten die Prozeßkostenvorschußpflicht aus der Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlichem Güterstand, aus den §§ 1529, 1387 BGB und aus § 627 ZPO, d.h. aus jeweils drei Rechtsgrundlagen ab.

Wurden überwiegend reichlich rechtliche Grundlagen angeboten, so überließ es das LG Freiburg[7] der Phantasie der Leser, auf welche Norm es seinen Beschluß gründete. Der Beschluß des OLG Braunschweig v. 6.5.1953[8] fiel aus diesem Rahmen, da im konkreten Fall die Ehefrau dem Mann Vermögen zur Verwaltung und Nutznießung überlassen hatte. Für diesen Fall wurde schon vor dem 1.4.1953 bei vertraglicher Gütertrennung eine Vorschußpflicht des Mannes bejaht.

Auch bei den nicht veröffentlichten Beschlüssen waren die Rechtsgrundlagen ähnlich bunt verteilt: Eine Entscheidung

---

1 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259.

2 cf. LG Gießen v. 18.4.1953 in NJW 1953, 666; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Köln v. 9.8.1953 in NJW 1953, 1224.

3 cf. OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173.

4 cf. LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; LG Hildesheim v. 27.5. 1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323.

5 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl. 1953, 102.

6 OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323.

7 LG Freiburg v. 18.8.1954 in FamRZ 1955, 175.

8 OLG Braunschweig v. 6.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139.

legte § 627 ZPO zugrunde[1], fünf die Auswirkungen der ehelichen Gemeinschaft[2], zwei das Unterhaltsrecht[3], eine nannte sowohl § 627 ZPO wie die eheliche Fürsorgepflicht[4] und ein Beschluß war in der Konstruktion unklar[5].

(2) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Die Gruppe der siebenunddreißig veröffentlichten, die Vorschußpflicht - wenn auch mit den verschiedensten rechtlichen Konstruktionen - bejahenden Beschlüsse[6] hatte ihren

---

1 cf. OLG Frankfurt v. 12.6.1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II.

2 cf. KG Berlin v. 7.5.1953 zitiert in KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 337; OLG Hamm v. 21.5.1953 in NJW 1953, 905; OLG Celle v. 1.6.1953 zitiert in OLG Celle v. 13.5.1954 in NdsRpfl 1954, 150; OLG Hamm v. 2.11.1953 in Rpfleger 1955, 260; OLG Braunschweig v. 21.12.1953 in Anm. zu Nr. 336 in MDR 1954, 366.

3 cf. LG Kassel v. 14.7.1953 in MDR 1953, 618 Nr. 466 II; OLG Celle v. 25.7.1953 in MDR 1953, 618;Nr. 466 II.

4 cf. OLG Stuttgart v. 25.4.1953 in NJW 1953, 906.

5 cf. OLG Hamm v. 12.5.1953 in Rpfleger 1955, 260.

6 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126; LG Gießen v. 18.4.1953 in NJW 1953, 666; LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953 128; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Braunschweig v. 6.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Hamm v. 9.5.1953 in JMBL NRW 1953, 149; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Köln v. 22.5. 1953 in JMBL NRW 1953, 173; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; HansOLG Bremen v. 17.6.1953 in MDR 1954, 366; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; SchlHOLG v. 20.1. 1954 in SchlHA 1954, 146; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676; LG Freiburg v. 18.8.1954 in FamRZ 1955, 175; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259; OVG Lüneburg v. 11.1.1957 in FamRZ 1957, 323.

Argumentationsschwerpunkt einmal bei dem unter (12)[1] dargestellten Aspekt. In der einen oder anderen Form wurde dieser Gesichtspunkt von vierzehn Gerichten[2] angesprochen. Acht Beschlüsse[3] enthielten den unter (13) wiedergegebenen Grund. Ebensooft[4] wurde von den Gerichten darauf verwiesen, das Armenrecht sei für den bedürftigen Ehegatten nicht zumutbar. Es bestehe die Gefahr der Beschränkung der Wahl des Prozeßbevollmächtigten, der Zwang des Nachweises der Vermögensverhältnisse und der Prozeßaussichten und eine gesellschaftliche Diskriminierung. Alles das bleibe dem leistungsfähigen Gatten in der entsprechenden Lage erspart.

---

1 cf. oben S. 125.

2 cf. LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259.

3 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Müncher v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676.

4 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

Je zwei Gerichte gaben die unter (10)[1], (15)[2] und (16)[3] dargelegten Gründe[4] an. Das OLG Freiburg[5] und das KG Berlin[6] bauten ausführlich auf der Entstehungsgeschichte des § 627 ZPO auf, um dessen Loslösung vom materiellen Recht darzutun. Das OLG München[7] sützte sich vor allem auf den Wortlaut des § 627 ZPO.

Die meisten Beschlüsse griffen durchschnittlich einen oder zwei der oben unter (1) bis (16)[8] aufgeführten Gründe heraus. Wirklich umfassend unter kritischer Würdigung der meisten der bereits im Anfang der Rechtsprechung zu Art. 3 II, 117 GG vorliegenden Gesichtspunkte und Konstruktionen begründeten nur das OLG Bamberg[9] und das OLG Nürnberg[10] ihre Auffassungen.

---

1 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

2 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; LG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

3 cf. SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

4 cf. oben S. 125 f.

5 OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905.

6 KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304.

7 OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490.

8 cf. oben S. 122 ff.

9 OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903.

10 OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

Acht Entscheidungen verfielen ins Gegenteil und ergingen sich in Behauptungen oder in Schweigen, was die Gründe anging[1]. Der darunter befindliche Beschluß des zweiten Senates des SchlHOLG v. 20.1.1954[2] verwies dabei immerhin auf eine eigene ständige Rechtsprechung. Mindestens im Ergebnis konnte der Beschluß die Parteien also nicht überraschen.

(3) Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen

Neben der Darlegung der jeweils für richtig befundenen Rechtskonstruktion zur Begründung der Prozeßkostenvorschußpflicht wurden von vierzehn Gerichten andere, die eigene Entscheidung ebenfalls u.U. tragende - und von anderen Gerichten auch verwendete - Rechtskonstruktionen argumentativ abgelehnt[3]. Soweit diese Gerichte z.B. die Vorschrift des § 627 ZPO für nicht tragfähig hielten[4], stimmten sie punktuell mit der Gegenmeinung überein, die die Vorschußpflicht mangels tauglicher Rechtsgrundlage generell ablehnte.

---

1 cf. OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Hamm v. 9.5.1953 in JMBL NRW 1953, 149; HansOLG Bremen v. 17.6. 1953 in MDR 1954, 366; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954 146; LG Freiburg v. 18.8.1954 in FamRZ 1955, 175; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

2 SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146.

3 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905; KG Berlin v. 3.6. 1953 in JR 1953, 304; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLGStuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

4 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Celle v. 19.5.1953 in in NdsRpfl 1953, 102; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905;OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

Elf Gerichte verzichteten auf eine Auseinandersetzung mit der Tatsache, daß andere Gerichte andere rechtliche Konstruktionen zur Begründung der Vorschußpflicht wählten[1]. Nun mögen diese Gerichte der Ansicht gewesen sein, der Streit um die zutreffende rechtliche Konstruktion sei nicht ergebnisrelevant und daher nicht auszutragen.

Ganz gewiß hätte eine Auseinandersetzung erfolgen können, soweit andere Gerichte nicht nur abweichende Rechtskonstruktionen, sondern ein anderes Ergebnis vertraten, nämlich die Vorschußpflicht unter Ehegatten rundweg ablehnten.

Ein zentrales Argument dieser Gegenmeinung war der Hinweis auf die systematische Einordnung der Prozeßkostenvorschußpflicht im Güterrecht, wie sie bereits in den Motiven angelegt war. Bisher habe man daher die Vorschußpflicht nicht aus anderen Aspekten begründen können. Dies sei auch in der Zukunft ausgeschlossen. Der neue gesetzliche Güterstand der Gütertrennung habe bisher schon als vertraglicher Güterstand keine Vorschußpflicht gekannt[2]. Mit dieser Argumentation setzten sich nur acht Gerichte auseinander[3].

---

1 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; SchlHOLG v.20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; SchlHOLG v. 15.12. 1953 in SchlHA 1954, 19; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676.

2 cf. oben S. 122 ff., unter (1) bis (8).

3 cf. OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Freiburg v.29.5.1953 in NJW 1953, 905; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

Sie versuchten diesem Aspekt entgegenzutreten, indem sie vor allem auf die seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgten Kriege und Inflationen verwiesen, in deren Folge Frauenvermögen und tatsächliche Nutzungen des Mannes aus dem Vermögen der Ehefrau die Ausnahme wurden. Trotz dieser Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse habe die Rechtsprechung die Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten weiterhin bis zum 1.4.1953 bejaht. Der Zusammenhang zwischen Güterrecht und Prozeßkostenvorschußpflicht war demnach nach Auffassung dieser Gerichte bereits vor dem 1.4.1953 faktisch aufgelöst worden.

Die übrigen Beschlüsse setzten sich mit diesen Gesichtspunkten nicht auseinander.

(4) Zitierweise

Zehn Beschlüsse kamen ohne jedes Zitat, mithin auch ohne Hinweis auf die Existenz einer Gegenmeinung aus[1].

Nur fünf Beschlüsse gaben in umfassenden Zitaten den verworrenen und kontroversen Stand der Meinungen und Beschlüsse wieder[2].

Sechs Beschlüsse bezogen in ihre Überlegungen die Gesetzgebungsvorhaben ein[3]. Vier davon[4] brachten ihr Zitat in un-

---

1 cf. LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; SchlHOLG v. 20.5.1953 in SchlHA 1953, 151; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; LG Freiburg v. 18.8.1954 in FamRZ 1955, 175; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259.

2 cf. OLG Frankfurt v. 22.4.1953 in NJW 1953, 746; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1954, 102; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

3 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBL NRW 1957, 233.

4 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260; OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBL NRW 1957, 233.

mittelbaren Zusammenhang mit der Frage der Vorschußpflicht. Darunter wollten zwei unter Hinweis auf den SPD-Entwurf ihre Befürwortung der Vorschußpflicht bestärken[1].

Das OLG Düsseldorf[2] konnte zu demselben Zweck bereits auf das Gleichberechtigungsgesetz verweisen. Das AG Bremerhaven[3] lehnte dagegen die Verwertung der Gesetzesvorhaben als noch nicht geltendes Recht ab.

In Fragen des Güterstandes bedienten sich das OLG Celle[4] und das OLG Köln[5] der Gesetzgebungsvorarbeiten, um dann aber gänzlich entgegengesetzte Schlüsse zu ziehen: Das OLG Celle verwies auf den I. Regierungs-Entwurf, um ihn für den Fortfall des alten gesetzlichen Güterstandes zu zitieren. Das OLG Köln nahm darauf Bezug, daß kein Gesetzesentwurf die Gütertrennung als neuen gesetzlichen Güterstand vorsah, um damit zu bekräftigen, daß Gütertrennung auch vor dem 1.7.1958 nicht gesetzlicher Güterstand sein könne und der alte, gesetzliche Güterstand fortbestehe.

(5) Methodische Ansätze

Der methodische Ansatz der meisten Beschlüsse[6] ging - soweit

---

1 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBl 1953, 201.

2 OLG Düsseldorf v. 15.8.1957 in JMBl 1957, 233.

3 AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

4 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

5 OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

6 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Köln v. 6.5.1953 in MDR 1953, 425; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBl 1953, 201; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; SchlHOLG v. 20.1.1954 in SchlHA 1954, 146; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; AG Bremerhaven v. 20.6.1955 in FamRZ 1955, 260.

die Beschlüsse nicht auf § 1387 BGB aufbauten und dessen Fortgeltung bejahten - von einer kurzen, nur selten begründeten Annahme des Fortfalls des alten gesetzlichen Güterstandes und "daher" auch des systematisch damit zusammenhängenden § 1387 BGB aus. Im Anschluß an diesen Ausgangspunkt findet sich unterschiedlichstes Vorgehen:

Acht Gerichte[1] gingen dann über zum Aspekt der Funktionsteilung in der Ehe oder zum Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft, gegenseitiger Fürsorgepflicht oder sittlicher Pflicht. In dieser Wiedergabe von Schlagworten und Anschauungen von der Ehe lag ebensowenig ein rational nachvollziehbares, methodisches Vorgehen wie in den sechs Beschlüssen, die sich z.T. nicht einmal mehr auf die "herrschende Meinung" oder eine eigene "ständige Rechtsprechung" beriefen[2].

In vier weiteren Beschlüssen[3] spielte der Gedanke der Funktionsteilung bzw. ehelichen Fürsorgepflicht eine Rolle. Hier wurde diese

---

1 cf. AG Pinneberg v. 29.4.1953 in SchlHA 1953, 152; OLG Braunschweig v. 7.5.1953 in NdsRpfl 1953, 139; OLG Hamm v. 9.5.1953 in JMBL NRW 1953, 149; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; HansOLG Bremen v. 17.6.1953 in MDR 1954, 366; SchlHOLG v. 15.12.1953 in SchlHA 1954, 19; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; AG Bremerhaven v. 20. 6. 1955 in FamRZ 1955, 260.

2 cf. OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; SchlHOLG v. 20.1. 1954 in SchlHA 1954, 146; LG Freiburg v. 18.8.1954 in FamRZ 1955, 175; OLG Frankfurt v. 25.2.1955 in Rpfleger 1955, 103; OLG Köln v. 21.7.1955 in FamRZ 1955, 259.

3 cf. OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173.

Idee nicht einfach "ex cathedra" in den Raum gestellt. Vielmehr wurde das Bemühen der Richter erkennbar, sich eine Legitimation zu schaffen, indem man zunächst die Vorschußpflicht aus dem Güterrecht herauslöste und mit dem Fortfall des § 1387 BGB eine Gesetzeslücke konstatierte. Im einzelnen war das Vorgehen dann wieder sehr unterschiedlich: Das OLG Düsseldorf[1] suchte vor allem zu begründen, daß die bisher bei der vertraglichen Gütertrennung verneinte Vorschußpflicht keinesfalls weiter abzulehnen sei, da der Güterstand der vertraglichen Gütertrennung eben nicht als verallgemeinerungsfähiger Güterstand geplant worden sei. Dasselbe Ziel - Schaffung einer Gesetzeslücke - verfolgte das OLG Braunschweig[2] mit dem Hinweis, die Vorschrift des § 1387 BGB enthalte unterhaltsähnliche Regelungen. Das OLG Köln[3] bezweifelte schließlich, ob überhaupt § 1387 BGB und nicht vielmehr schon bisher Gewohnheitsrecht die Grundlage der Vorschußpflicht gewesen sei angesichts des seit langem in der Regel fehlenden Frauenvermögens (infolge der Weltkriege und der Inflation). Das LG Hildesheim[4] und das LG Hamburg[5] bezogen sich methodisch ebenfalls auf den mangels Frauenvermögens verfehlten Gesetzeszweck des § 1387 BGB bzw. auf die weitgehende Durchlöcherung des Normensystems des bisherigen gesetzlichen Güterrechts.

Der Hinweis des LG Hildesheim auf Recht und Billigkeit und die durch nichts belegte Behauptung zu Art. 3 II GG, diese Norm wolle keine Schlechterstellung der Frau bzw. die Äuße-

---

1 OLG Düsseldorf v. 30.4.1953 in NJW 1953, 828.
2 OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138.
3 OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBl NRW 1953, 173.
4 LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107.
5 LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

Berung des LG Hamburg, die Prozeßkostenvorschußpflicht sei zu bejahen, da Ehescheidung weiter möglich sein müsse, zeigen auch hier die Grenzen rationaler Überprüfbarkeit der Beschlüsse auf.

Besonders kraß läßt sich dies schließlich in den Beschlüssen des OLG Celle[1] und des LG Kiel[2] feststellen: Dort beließ man es nicht bei Schlagworten vom "Wesen der Ehe" und "ehelicher Funktionsteilung". Der Blick auf weltanschauliche Positionen wurde freigegeben mit Hinweisen auf "die westeuropäische Kulturauffassung", die "natürliche und göttliche Ordnung" und das "Sittengesetz".

In zwei weiteren Beschlüssen[3] stand der Wortlaut des § 1610 II BGB im Vordergrund. Wieso der darin enthaltene Begriff des "Unterhalts" infolge gewandelter Betrachtungsweise einen neuen Inhalt bekommen haben sollte, war wohl am ehesten durch das von den zwei Gerichten angestrebte Ergebnis zu erklären.

Nicht mit dem Wortlaut, sondern mit einer historischen Analyse entweder der Entwicklung des § 627 ZPO[4] oder der Prozeßkostenvorschußpflicht als solcher, seit sie in zahlreichen Landesrechten vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches begründet worden war[5], suchten fünf andere Ge-

---

1 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

2 LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134.

3 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676.

4 cf. OLG Celle v. 29.4.1953 in NJW 1953, 828; OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304.

5 cf. OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

richte ihre Meinung zu stützen.

Daß Methodik einen Beschluß durchsichtiger machen kann, belegt vor allem der Beschluß des OLG Bamberg[1]. Raum für richterliche Rechtsbildung wird durch eine Lösung der Prozeßkostenvorschußpflicht vom Güterrecht gewonnen. Wortlautargumente, Aspekte der Billigkeit und der Rechtsvergleichung können hier klar voneinander unterschieden werden.

bb) Die sechzehn veröffentlichten, die Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten grundsätzlich verneinenden Entscheidungen

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Innerhalb der sechzehn veröffentlichten Beschlüsse, die die Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten verneinten[2] ergingen fünf Entscheidungen[3] ohne nähere Begründung, warum die von der Gegenmeinung zahlreich angebotenen Rechtsgrundlagen die Vorschußpflicht nicht trugen.

---

1 OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903.

2 cf. OLG Hamm v. 10.4.1953 in MDR 1953, 362; LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; KG Berlin v.21.5.1953 in JR 1953, 337; HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Neustadt v. 2.6. 1953 in JR 1953, 263; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; OLG Karlsruhe v. 10.1.1956 in NJW 1956, 515; HansOLG Hamburg v. 16.5. 1957 in MDR 1957, 561; OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106; SchlHOLG v. 17.2.1954 in SchlHA 1954, 104; SchlHOLG v. 17.2.1955 zitiert in SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30.

3 cf. OLG Hamm v. 10.4.1953 in MDR 1953, 362; OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829; KG Berlin v. 21.5.1953 in JR 1953, 337; OLG Karlsruhe v. 10.1.1956 in NJW 1956, 515; OLG Neustadt v. 17.1.1958 in FamRZ 1958, 106.

Die unter diesen fünf Beschlüssen befindlichen Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des OLG Neustadt verwiesen dabei auf ihre eigene ständige Rechtsprechung. Beim OLG Hamm ersetzten nicht einmal Zitate die Begründung[1]. Die Hinweise in den anderen vier Entscheidungen waren in keinem Fall geeignet, den bestehenden Meinungsstand wiederzugeben.

Die drei Entscheidungen des SchlHOLG mit ihrer Besonderheit, die Vorschußpflicht nur bei eheförderndem Anträgen zu bejahen[2], sollen zunächst als vom Ergebnis her speziell gelagert beiseite bleiben.

In den übrigen acht Beschlüssen fand sich eine mehr oder weniger breite Argumentation zur Ablehnung der von der Gegenmeinung angebotenen Rechtskonstruktionen:

Die Argumentationsschwerpunkte lagen dabei bei den oben unter (1) (sechs Gerichte)[3], unter (5) (fünf Gerichte)[4],

---

1 OLG Hamm v. 10.4.1953 in MDR 1953, 362.

2 SchlHOLG v. 17.2.1954 in SchlHA 1954, 104; SchlHOLG v. 17.2.1955 zitiert in SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30.

3 cf. LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Neustadt v. 2.6.1953 in JR 1953, 263; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

4 cf. OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

unter (6) (sechs Gerichte)[1], unter (7) (sieben Gerichte)[2] und unter (8) (fünf Gerichte)[3] genannten Gründen[4].

Nur je drei Gerichte vertraten die oben[5] unter (2)[6] angeführte Argumentation bzw. die Auffassung, auch aus ehelichem Aufwand lasse sich die Vorschußpflicht nicht begründen, wie eine Gegenüberstellung von § 1387 und § 1389 BGB ergebe[7]. Der unter (3)[8] angeführte Gesichtspunkt wurde schließlich nur von zwei Gerichten erwogen[9].

Mithin fanden sich alle schon im Jahr 1953 in der Literatur vertretenen Aspekte in der Rechtsprechung wieder. Es fällt auf, daß erst die jüngeren Entscheidungen auf alle von der Gegenmeinung angebotenen Rechtsgrundlagen eingingen und sie argumentativ ablehnten[10]. Nachdem diese Fragen in

---

1 cf. HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

2 cf. Hans-OLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561. LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665.

3 cf. HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

4 cf. oben S. 122 ff.

5 cf. oben S. 123.

6 cf. LG Mannheim v. 15.4.1953 in NJW 1953, 665; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

7 cf. OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

8 cf. oben S. 123.

9 cf. OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

10 cf. OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

der Literatur schon im Jahr 1953 ausführlich dargelegt worden waren, benötigte diese Rechtsprechung offenbar noch eine Anlaufzeit, um die ihre Meinung stützende Argumentation zu gebrauchen.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Alle acht Gerichte gingen nicht auf die Argumente der Gegenmeinung ein. Auch nachdem die Rechtsprechung schon mehrere Jahre der Entwicklung hinter sich hatte, nahmen diese Gerichte nicht zur Kenntnis, daß z.B. zur Frage der ausschließlichen Regelung der Prozeßkostenvorschußpflicht im Güterrecht bei Nachzeichnung der historischen Entwicklung eine Herauslösung der Vorschußpflicht aus den güterrechtlichen Zusammenhängen möglich war. Stattdessen verblieben diese acht Gerichte bei der Aufzählung ihrer positivistischen Aspekte. Im Mittelpunkt stand dabei die Ansicht, § 1387 BGB wäre bisher überflüssig gewesen, wenn man nun die Vorschußpflicht aus anderen Gesichtspunkten begründen wollte.

(3) Zitierweise

Ebensowenig wie aus den Beschlüssen hervorging, daß die Gegenmeinung gewichtige Aspekte entwickelt hatte, war ihnen zu entnehmen, daß diese Gegenmeinung mindestens dem Ergebnis nach - wenn auch bei unterschiedlicher Begründung - die überwiegende Ansicht darstellte. Die Zitate - durchschnittlich zwei Hinweise - waren insoweit zumeist spärlicher als die Nachweise der mit der eigenen Lösung übereinstimmenden Rechtsprechung.

Warum das OLG Koblenz[1] im Jahr 1954, also nach einem Jahr Rechtsprechung, überhaupt kein Gegenzitat für angebracht hielt, ist nicht erfindlich.

---

1 OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161.

Die Gesetzgebungsarbeiten, die sich nicht mit der Rechtsprechung dieser Gerichte deckten, wurden in keinem der acht Beschlüsse erwähnt.

Das methodische Vorgehen der Gerichte war weitgehend gleichförmig, wenn auch im einzelnen der Grad der Ausführlichkeit differierte: Man konstatierte durchweg den Fortfall des § 1387 BGB und lehnte dann der Reihe nach die anderen möglichen Rechtsgrundlagen ab.

Es verbleiben die drei Beschlüsse des ersten und dritten Senates des SchlHOLG[1], die die Vorschußpflicht nur bei eheförderndem Prozeßanträgen bejahten. Veröffentlicht sind davon zwei Beschlüsse, darunter der des ersten Senates vom 17.2.1954: Der dortige Denkansatz deckte sich mit der Argumentation der die Prozeßkostenvorschußpflicht grundsätzlich ablehnenden Entscheidungen. Man verwies auf die Verbindung von § 1387 BGB mit der Vorschußpflicht. Dennoch bejahte der erste Senat anschließend die Vorschußpflicht für Ehegatten bei lebenswichtigen Prozessen aufgrund eines Vergleichs mit der Vorschußpflicht des Vaters zugunsten des Kindes bei lebenswichtigen Prozessen. Warum man allerdings den Begriff des lebenswichtigen Prozesses bei Ehegatten auf eheförderndе Prozeßanträge beschränkte, wurde nicht dargetan. Daß dies aus dem Vergleich mit den Rechtsverhältnissen zwischen Vater und Kind folgen müßte, wurde nicht ersichtlich. Ebensowenig machte der Beschluß deutlich, daß er mit seiner Differenzierung eine einsame und von anderen Gerichten nicht einmal erwogene Rechtsprechung verfolgte. Zitate bzw. Hinweise auf Gesetzgebungsarbeiten fehlten.

---

1 SchlHOLG v.17.2.1954 in SchlHA 1954, 104; SchlHOLG v. 17.2.1955 zitiert in SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30; SchlHOLG v. 26.4.1956 in SchlHA 1957, 30.

Der dritte Senat des SchlHOLG bemühte sich demgegenüber, die zur Rechtsprechung des ersten Senates parallele Bestimmung des "lebenswichtigen Prozesses" aus der gefundenen Rechtsgrundlage abzuleiten. Die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten solle die Lebensgemeinschaft erhalten und könne mithin nur eheförderndе Anträge berühren. Ebensogut hätte man es bei der Feststellung belassen können, daß Unterhaltspflichten den Ehegatten während der Ehe ein qualitativ angemessenes, gleiches Miteinander-Leben gewährleisten sollten. Indem man den Begriff der "Erhaltung" der Gemeinschaft in die Definition des "lebenswichtigen Prozesses" aufnahm, wurde erst die anschließende Folgerung ermöglicht. Der dritte Senat des SchlHOLG führte mithin das Ergebnis ohne schlüssige Ableitung in die Vorausetzungen ein. Die "Schlußfolgerung" stellt sich in Wahrheit als in anderen Worten zweifach wiederholte Behauptung dar. Die Behauptung ersetzte demnach die Begründung.

Soweit hier im übrigen nicht auf die Gegenmeinung eingegangen wurde, wonach auch die Unterhaltspflichten die Vorschußpflicht nicht zu begründen vermögen, reihte sich der Beschluß nur in die große Gruppe der unvollkommen begründeten Entscheidungen ein. Ein Zitat "m.w.N." sollte die Lücke füllen.

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Neunzehn der vorliegenden, veröffentlichten Beschlüsse[1] ließen Überlegungen zur richterlichen Rechtsbildung und teilweise Abgrenzungen zum Gesetzgeber erkennen. Die überwiegende Zahl der Beschlüsse ging demnach nicht auf diese Fragen ein, obwohl nur drei Gerichte[2] ihrer Entscheidung den bis zum 1.4.1953 einschlägigen § 1387 BGB zugrundelegten, mithin die weitaus überwiegende Anzahl der die Vorschußpflicht bejahenden Beschlüsse eine "neue " Rechtsgrundlage finden mußten.

Auffallend ist die Diskrepanz des Selbstverständnisses der Gerichte: Das OLG Frankfurt[3] sah bei der Verwirklichung des Art. 3 II GG die Grenzen richterlicher Rechtsbildung mangels tauglicher richterlicher Maßstäbe überschritten. Das Gericht stand mit seiner Meinung nicht allein. Vergleichbare Erwägungen fanden

---

1 cf. OLG Frankfurt v. 22.4.1953 in NJW 1953, 746; LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134; OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133; OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173; LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304; OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224; SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265.

2 cf. LG Gießen v. 18.4.1953 in NJW 1953, 666; LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135; OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

3 OLG Frankfurt v. 22.4.1953 in NJW 1953, 746.

sich beim SchlHOLG[1], und beim OLG Köln[2], die die Mittel richterlicher Rechtsbildung für inadäquat und überfordert hielten. Eine ähnliche Distanz zu den meisten übrigen Beschlüssen gewann auch das OLG Koblenz[3], indem es die Begründungsversuche der die Vorschußpflicht bejahenden Rechtsprechung als aus bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen geborene, die Grenzen zum Gesetzgeber überschreitende Scheinbegründungen ablehnte.

Das OLG Neustadt[4] schließlich fand diese Grenzen zum Gesetzgeber mißachtet, wo ein Gericht Grundgedanken des Gesetzes verließ: Aus seiner Sicht hingen nach gesetzlicher Systematik und dem Willen des Gesetzgebers die Prozeßkostenvorschußpflicht und das Nutzungsrecht des Mannes am Frauenvermögen untrennbar zusammen.

Anders als die vorgenannten Gerichte, die durchweg bestritten, daß bloße richterliche Rechtsbildung die anstehenden Probleme zu lösen befugt und imstande gewesen wäre[5], ging die Mehrzahl der sich dazu äußernden Beschlüsse von der Feststellung einer Gesetzeslücke aus, um dann variantenreich Entscheidungskriterien in "Art. 3 II GG und den Grundsätzen des alten Rechts"[6], "Recht und Billigkeit"[7], "Billigkeit und praktischen Bedürfnissen"[8], im "Geist des Gesetzes"[9], in "den unzweifelhaft fortwirkenden Grundsätzen des

---

1 SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264.

2 OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

3 OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161.

4 OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265.

5 cf. in diesem Sinne auch OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBL NRW 1953, 173.

6 cf. OLG Braunschweig v. 2.5.1953 in NdsRpfl 1953, 138.

7 cf. LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107.

8 cf. OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905.

9 cf. OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201.

Eherechts"[1], "Art. 3 II und den inkraftgebliebenen Normen"[2], "wirtschaftlichen und ethischen Aspekten"[3], "§ 1353 BGB bzw. Art. 3, 6 GG, Natur- und Sittengesetz"[4] zu finden.

Hier schwingt das Bewußtsein mit, der Richter habe sich der entstandenen Aufgabe zu stellen. Die Aufwertungsrechtsprechung diente als Alibi, daß man es schaffen werde[5].

Die Grenzziehung zum Gesetzgeber - soweit sie unmittelbar Erwähnung fand - erfolgte dann auf ganz anderer Ebene. Man grenzte sich ab unter Hinweis darauf, die Gerichte setzten kein objektives, bindendes Recht und griffen daher nicht in Bereiche der Gesetzgebungskörperschaften über[6].

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht, § 1387 BGB

Die mit zweiundachtzig vorliegenden Beschlüssen sehr umfangreiche Rechtsprechung zur gegenseitigen Prozeßkostenvorschußpflicht der Ehegatten war vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 im Ergebnis kontrovers. Es überwog etwa im Verhältnis 2:1 die Meinung, die die Vorschußpflicht mindestens bei lebenswichtigen (insbesondere Status-)Prozessen zugunsten des bedürftigen und zu Lasten des leistungsfähigen Gatten bejahte. Dabei wurde nicht selten innerhalb desselben Gerichtes die Vorschußpflicht bejaht bzw. grundsätzlich verneint.

Auch die der Zahl nach überwiegende, die Prozeßkostenvorschußpflicht bejahende Ansicht in der Rechtsprechung war

---

1 cf. OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248.
2 cf. LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.
3 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903.
4 cf. OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.
5 cf. SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133.
6 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903.

in den Gründen zerstritten und vertrat insgesamt fünf verschiedene Rechtsgrundlagen für die Prozeßkostenvorschußpflicht. Ein Faktor für diese Uneinheitlichkeit war wohl, daß eine höchstrichterliche Entscheidung fehlte.

Das Selbstverständnis der Gerichte war gänzlich uneinheitlich: Manche Richter sahen sich überfordert, vor allem weil sie ihre Entscheidungsmittel für ungenügend hielten. Andere meinten, es handele sich um normale Fälle der Lückenausfüllung, also um ganz typische richterliche Tätigkeit und verwiesen z.T. auf die Bewährung der Rechtsprechung im Rahmen der Konkretisierung des § 242 BGB. Die von diesen Gerichten vorgewiesenen Entscheidungskriterien - "Recht und Billigkeit ...", "Natur- und Sittengesetz ..." - bestätigten allerdings eher die Befürchtungen der Gegenmeinung, man habe keine der Situation adäquaten, vor allem keine hinreichend bestimmten Entscheidungsmittel.

Die Qualität der Entscheidungen differierte auch bei dieser Rechtsprechung. Die wenigsten der die Vorschußpflicht bejahenden Beschlüsse begründeten ihre Ansicht unter Heranziehung der in der Literatur und Rechtsprechung entwickelten relevanten Gesichtspunkte. Meist griff man mehr zufällig einen oder zwei Aspekte heraus. Die Argumente der Gegenmeinung, die die Prozeßkostenvorschußpflicht beim gesetzlichen Güterstand grundsätzlich verneinte, vor allem deren zentrale Argumentation, die Vorschußpflicht sei systematisch untrennbar im Güterrecht verwurzelt, wurden nicht wiedergegeben. Ebensowenig erfolgte eine argumentative Auseinandersetzung.

Weit in der Minderzahl befanden sich die Beschlüsse, die dem Leser durch Zitate eine Ahnung vom damaligen aktuellen Meinungsstand oder von den Gesetzgebungsvorhaben gaben.

Qualitativ nicht viel anders stellen sich die dreizehn veröffentlichten Beschlüsse dar, die grundsätzlich die

Prozeßkostenvorschußpflicht ablehnten. Nur der kleinere Teil von ihnen setzte sich mit allen von der Gegenmeinung angebotenen Rechtsgrundlagen auseinander. Noch geringer war die Neigung, auf Argumente der Gegenmeinung einzugehen, soweit diese die eigene Position in Frage stellten. Dasselbe Bild ergibt sich bezüglich der Zitate, die dem Meinungsstand ebenso-wenig gerecht wurden wie die Argumentation. Hinweise auf Gesetzgebungsarbeiten fehlten.

Einigermaßen eindrucksvoll belegt diese Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten, wie wenig juristische Argumentation und Methodik zu einer Einheitlichkeit der Rechtsfindung beizutragen vermag. Die zahlreich offerierten Entscheidungsgesichtspunkte boten den Gerichten die Möglichkeit, jedes von ihnen gewünschte Ergebnis zu erzielen durch Betonung des einen oder anderen Aspektes, Fortlassen bekannter aber unbequemer Gegenargumente bzw. einseitige Anhäufung der eigenen Auffassung dienlicher Überlegungen.

Wie wenig Überzeugungskraft nicht selten ein- und derselbe methodische Denkansatz hatte, läßt sich aus folgendem ablesen:

Einige Gerichte glaubten überzeugt behaupten zu können, die Prozeßkostenvorschußpflicht sei nicht dem Begriff des "gesamten Lebensbedarfs" in § 1610 BGB zuzuordnen[1]. Das Gegenteil wurde ebenso vertreten[2]. Gemeinsam war beiden Auffassungen, daß sie sich gar nicht erst um eine Auslegung des fraglichen Begriffes bemühten. Welches Sprachverständnis hier möglich war, blieb offen, auch wenn et-

---

1 cf. z.B. HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426.

2 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676.

wa das LG Braunschweig[1] auf die "heutige Betrachtungsweise" verwies.

Zu § 627 ZPO läßt sich ähnliches feststellen:

Derselbe Ansatz - nämlich hier die Entstehungsgeschichte der Norm - führte zur gegenteiligen Auswertung. Die Tatsache, daß die Vorschrift des § 627 ZPO eine weitgehend vom materiellen Recht losgelöste Norm war und daß dann im Laufe der Entwicklung auch noch § 1361 BGB aufgehoben wurde, wertete man "in konsequenter Fortentwicklung" dahin aus, § 627 ZPO sei nunmehr als selbständige Grundlage für die Vorschußpflicht anzusehen[2]. Andere Aspekte der geschichtlichen Entwicklung, vor allem die Tatsache, daß bei der Reform des § 627 ZPO im Jahre 1938 keine Befugnis und auch kein Bedürfnis bestand, § 627 ZPO nun auch im Bereich der Prozeßkostenvorschußpflicht für die Ehegatten vom materiellen Recht zu lösen, führten zum gegenteiligen Ergebnis[3].

Besonders deutlich trat die Unschlüssigkeit juristischer Argumentation im Vergleich der Beschlüsse des OLG Freiburg[4] und des HansOLG Hamburg[5] zutage: Das letztere Gericht meinte, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber durch Streichen des § 1361 BGB aufgrund der 1. DVO

---

1 LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676.

2 cf. OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304; a.A. war z.B. das HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426, das erklärte, der Fortfall des § 1361 lasse keine derartige Schlußfolgerung zu.

3 cf. OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

4 OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905.

5 HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426.

zum EheG im Jahre 1938 den § 627 ZPO von den materiell-rechtlichen Grundlagen habe lösen wollen. Dem OLG Freiburg dagegen genügte die Tatsache, daß die Vorschrift des § 627 ZPO bzgl. der übrigen zulässigen Verfügungen bereits vom materiellen Recht losgelöst war, um das Gegenteil zu folgern, da ein innerer Grund für eine unterschiedliche Behandlung der in § 627 ZPO geregelten Verfügungen nicht bestehe.

Der Gesamteindruck dieser Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht bestätigt, daß bei kontroversem Streitstand und einem Ausbleiben höchstrichterlicher Entscheidungen qualitativ gleichmäßige, im Ergebnis vorhersehbare und in den Gründen rational nachvollziehbare Rechtsprechung weitgehend nicht stattfand. Methoden, Entscheidungskriterien, Selbstverständnis, Ausbildung und zur Verfügung stehende Zeit zeigen Grenzen der Rechtsprechung auf.

10. Die Rechtsprechung zu § 1606 BGB

Der Wortlaut des § 1606 BGB am 1.4.1953:

"Die Abkömmlinge sind vor den Verwandten der aufsteigenden Linie unterhaltspflichtig. Die Unterhaltspflicht der Abkömmlinge bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und den Verhältnissen der Erbteile.

Unter den Verwandten der aufsteigenden Linie haften die näheren vor den entfernteren, mehrere gleichnahe zu gleichen Teilen. Der Vater haftet jedoch vor der Mutter; steht die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes der Mutter zu, so haftet die Mutter vor dem Vater".

a) Überblick

Zur Fortgeltung des § 1606 BGB, insbesondere zur Haftung des Vaters vor der Mutter gemäß § 1606 II 2 BGB liegen achtundzwanzig Entscheidungen - davon fünfundzwanzig in den Gründen veröffentlicht - vor.

Dabei vertrat nur das LG Nürnberg-Fürth[1] Anfang 1955 die Ansicht, die Vorhaftung des Vaters gemäß § 1606 II 2 BGB gelte unverändert fort. Im übrigen war sich die Rechtsprechung zwar darin einig, daß beide Eltern ihren ehelichen Kindern unterhaltspflichtig waren. Das Verhältnis der Unterhaltspflicht der Eltern im Innen- und Außenverhältnis wurde dagegen unterschiedlich konstruiert. Zwei Konstruktionen standen sich gegenüber:

Zum einen vertrat man eine gesamtschuldnerische Haftung der Eltern, zum anderen die These einer anteilsmäßigen Haftung, unter Verallgemeinerung des § 1606 II 1 a.F. Diese zwei Auffassungen waren wiederum in sich differenziert. Die Gesamtschuld wurde teilweise als gleichrangige Schuld im Rahmen der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse[2], überwiegend und seit Ende 1955 nahezu ausschließlich als Gesamtschuld, beschränkt durch die Leistungsfähigkeit im Sinne des § 1603 BGB a.F. vertreten[3].

---

1 LG Nürnberg-Fürth v. 27.1.1955 in FamRZ 1955, 140.

2 cf. AG Regensburg v. 24.4.1953 in NJW 1953, 789; AG Berlin-Lichterfelde v. 27.8.1954 in JR 1955, 146.

3 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; OLG Hamburg v. 21.9.1955 in NJW 1955, 1729; LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

Soweit die Gerichte eine anteilige Haftung befürworteten, ging man teilweise vom Grundsatz einer Haftung zu gleichen Teilen aus, begrenzt gemäß den §§ 1603, 1607 BGB a.F. durch die Leistungsfähigkeit bei Erhöhung des Haftungsanteils eines Elternteils im Falle der Leistungsunfähigkeit des anderen[1]. Im übrigen ging die Rechtsprechung von einer anteiligen, an der Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Erwerbs- und Personenverhältnisse orientierten Haftung bei Anrechnung der Personensorge aus[2].

In fünf Entscheidungen blieb offen, ob die Ehegatten den Unterhalt anteilig oder als Gesamtschuldner zu erbringen hatten[3].

Die zeitliche Abfolge der Urteile ergibt, daß bis Ende des Jahres 1955 alle vorgenannten, kontroversen Meinungen in bunter Reihenfolge vertreten wurden. Dabei ist bemerkenswert, daß der BGH in zwei Entscheidungen Ende des Jahres 1953 und Mitte 1955[4] offenließ, ob die Elternteile ihren Abkömmlingen Unterhalt anteilig oder als Gesamtschuldner zu leisten hatten. Erst Ende des Jahres 1956 - zu einem Zeitpunkt, als die Konstruktion der Gesamtschuld überwiegende Meinung in der Rechtsprechung war - vertrat der BGH eine durch § 1603 BGB a.F. begrenzte gesamtschuldnerische

---

1 cf. LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105; LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263; LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610.

2 cf. AG Husum v. 4.8.1953 in SchlHA 1953, 292; OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 839; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613; LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425.

3 cf. LG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 106; BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11, 206/211; BGH, Urteil v. 13.6.1955 - III ZR 226/54 - in BGHZ 17, 360/361; OLG Frankfurt v. 23.10.1957 in FamRZ 1958, 33; OLG Celle v. 4.2.1958 in FamRZ 1958, 228.

4 BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11, 206/211; BGH, Urteil v. 13.6.1955 - III ZR 226/54 - in BGHZ 17, 360/361.

Haftung der Eltern[1].

Diese Meinung des BGH stimmte jedoch nicht mit § 1606 III des Gleichberechtigungsgesetzes überein. Infolgedessen blieb der Inhalt der Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Abkömmlingen auch nach dem Urteil des BGH vom 19.10.1956 kontrovers. Das OLG Karlsruhe schloß sich im Urteil vom 17.10.1957 der Meinung des BGH an[2]. Dagegen lehnten das OLG Frankfurt mit Entscheidung vom 23.7.1957[3] und das OLG Celle mit Urteil vom 4.2.1958[4] die Auffassung des BGH ab und vertraten die Konstruktion der anteiligen Haftung des Gleichberechtigungsgesetzes in § 1606 III BGB n.F. Ebenso entschied das LG Wiesbaden durch Urteil vom 30.8.1957[5] unter Bezugnahme auf § 1606 III 1 GlbG, ohne auf das gegenteilige BGH-Urteil vom 19.10.1956 einzugehen.

b) Spektrum der Argumente zu § 1606 BGB

aa) Die Literatur

In der Literatur wurde zugunsten der Fortgeltung der Vor-Haftung des Vaters gemäß § 1606 II 2 BGB argumentiert:

---

1 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.

2 OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

3 OLG Frankfurt v. 23.10.1957 in FamRZ 1958, 33.

4 OLG Celle v. 4.2.1958 in FamRZ 1958, 228.

5 LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425.

(1) Aus den Vorschriften der §§ 1356, 1634 BGB folge, daß die Ehefrau in der Regel kein eigenes Einkommen habe. Eine Unterhaltspflicht zu ihren Lasten sei daher unbillig.

(2) Die Mutter leiste durch die Erfüllung der Personensorgepflicht im Verhältnis zu den Kindern das diesen Gebührende.

(3) Die Mutter schulde daher vorrangig die Personensorge, der Vater die Ernährung. Das sei nicht eine Leistung im Sinne des § 421 BGB, also keine Gesamtschuld.

(4) Die Vorschrift des § 1606 BGB verpflichte demnach die Eltern gleichmäßig, ohne einen Verstoß gegen Art. 3 II GG zu enthalten[1].

Für eine Haftung beider Elternteile als Gesamtschuldner ohne Rücksicht auf ihre Leistungsfähigkeit mit eventuellem internem Ausgleich bei voller Anrechnung der Personensorge als Unterhaltsleistung wurde angeführt:

(5) Die Eltern müßten als Gesamtschuldner haften, weil bei einer Einzelschuldnerschaft der Unterhaltsanspruch und seine Durchsetzung für das Kind gefährdet oder erschwert wäre. Demnach sei § 1603 II 1 BGB a.F. zu verallgemeinern, wonach jeder Elternteil aufs Ganze hafte, ohne auf den anderen Ehegatten verweisen zu können[2].

(6) Gegen eine anteilige Haftung spreche,daß dann die Kinder u.U. zunächst gegen einen Ehegatten klagen müßten und dann eventuell unter Hinweis auf die Einkommensverhältnisse auf den anderen Ehegatten verwiesen würden, wenn ein bestimmter Unterhaltsanteil überschritten sei. Letztlich müßten dann gegebenenfalls mehrere Prozesse geführt werden.

---

1 cf. zu den Argumenten (1) bis (4) Bosch, Situation, S. 491.

2 cf. zu den Argumenten (5) bis (8) Arnold, Kommentar, § 1606, Anm. 4; derselbe, Unterhalt, S. 241 ff.

(7) Die Anwendung des § 1606 II 1 BGB a.F. auf die Eltern werde den tatsächlichen Verhältnissen und Bedürfnissen der Kinder nicht gerecht. Soweit eine "Hausfrauenehe" vorliege, sei ein Unterhalt in Geld durch die Mutter kaum möglich. Falls die Ehefrau erwerbstätig sei, sei sie ungleich mehr belastet, wenn sie neben dem Gelderwerb noch die Personensorge trage[1].

(8) Die Gesamtschuldnerschaft werde erhärtet aus § 1606 II 1. HS. und § 1606 II 2, 2. HS BGB a.F., da die Nutznießung am Kindesvermögen beiden Gatten zustehe.

Weiter wurde in der Literatur vertreten, die Ehegatten hafteten als Gesamtschuldner, aber entsprechend § 1603 BGB a.F. begrenzt durch ihre Leistungsfähigkeit:

(9) § 1606 II 2 BGB sei jedenfalls entfallen, da die Vorschrift nur aus der bisherigen, nunmehr überholten Struktur zu erklären sei, wonach der Vater der Familienernährer war.

(10) Mit Fortfall auch des bisherigen alten Güterstandes müsse jeder Gatte, notfalls aus der Vermögenssubstanz, nach Maßgabe seiner Arbeitskraft und seines Vermögens den Familienunterhalt leisten[2].

(11) Eine nur anteilige Haftung werde - insbesondere bei Getrenntleben der Eltern - zur Führung mehrerer Prozesse und zu einer Gefährdung des Unterhalts führen, falls sich erst im Laufe eines Prozesses herausstelle, daß bei einem Elternteil nichts zu holen sei[3].

---

1 cf. Hoffmann, S. 202.

2 cf. Palandt-Lauterbach, Vorbem. § 1606.

3 cf. zu den Argumenten (9) bis (11) Finke, Rechtsverhältnis, S. 611 f.

Schließlich gab es in der Literatur die Auffassung, die Eltern hafteten ihren Kindern anteilig als Einzelschuldner, orientiert an der Leistungsfähigkeit und dem Vermögen, unter Anrechnung der Personensorge:

(12) Es entspreche der Gleichbehandlung von Mann und Frau, wenn jeder Ehegatte die Abkömmlinge zu gleichen Teilen unterhalte. Dabei sei der Ehemann in der Regel erwerbstätig und erbringe seine Leistung in Geld, während die Ehefrau eine gleichwertige Leistung durch die Führung des Haushaltes erbringe.

(13) Für die Annahme einer gesamtschuldnerischen Haftung liefere das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Außerdem schuldeten beide Elternteile auch nicht eine einheitliche Leistung ganz. Vielmehr bestehe je ein inhaltlich bestimmter Anspruch gegen den Vater und ein (u.U. anders gearteter) Anspruch gegen die Mutter.

(14) Die §§ 422 ff. BGB paßten hier nicht, zumal durch Erfüllung der Schuld eines Elternteils der Anspruch gegen den anderen nicht berührt werde.

(15) Es gelte die Vorschrift des § 1606 II 1 BGB entsprechend mit einer Begrenzung der Haftung aus § 1603 I BGB[1].

bb) Der Gesetzgeber

Der Regierungs-Entwurf I[2] und der FDP-Entwurf[3] sahen eine gesamtschuldnerische Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern vor. Im Innenverhältnis sollte eine Ausgleichung nach den Regelungen des Unterhaltsrechts zwischen den Ehegatten,

---

1 cf. zu den Argumenten (12) bis (15) Dölle, S. 360 f.

2 BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 1. Wahlperiode, Teil 1, Art. 7, Ziffer 3.

3 BT-Drucksache 112/53 v. 12.12.1953, 2. Wahlperiode, Teil 1, Art. 7 , Ziffer 4.

d.h. gemäß § 1360 BGB nach Maßgabe der Arbeitskraft und der Einkünfte aus dem Vermögen eines jeden Ehegatten erfolgen. Die eigentliche Bedeutung sah die Bundesregierung in der sinngemäßen Anwendung der Vorschrift, wenn die Eltern getrennt lebten oder die Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt wurde[1].

Der Bundesrat regte insoweit keine Änderungen an[2].

Der Regierungs-Entwurf II[3] und der SPD-Entwurf - letzterer durch Streichung des § 1606 II 2[4] - planten demgegenüber eine Haftung der Eltern zu gleichen Teilen nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Anwendung des § 1360 BGB.

Die Bundesregierung nahm damit von ihrer ursprünglichen Konzeption einer gesamtschuldnerischen Haftung der Eltern Abstand, um zu vermeiden, daß ein Kind ohne Rücksicht auf die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der Eltern die Mutter auf den vollen Unterhalt in Anspruch nehmen konnte[5]. Der Bundesrat regte daher eine Überprüfung der ZPO an, um den Kindern dennoch einen einheitlichen Prozeß gegen beide Elternteile zu ermöglichen[6].

---

1 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 2. Wahlperiode, S. 71.

2 cf. BT-Drucksache 3802/52 v. 23.10.1952, 2. Wahlperiode, Analge A, S. 6.

3 BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. 1 , Ziffer, 31.

4 BT-Drucksache 178/53 v. 13.1.1954, 2. Wahlperiode, Art. I, Ziffer 67.

5 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, S. 55.

6 cf. BT-Drucksache 224/53 v. 29.1.1954, 2. Wahlperiode, Anlage 2, S. 87 f.

c) Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

aa) Die Gruppe der zehn Entscheidungen, wonach die Eltern als Gesamtschuldner, aber beschränkt nach ihrer Leistungsfähigkeit gemäß § 1603 BGB a.F. hafteten[1]

(1) Umfang der Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Fünf Gerichte[2] stützten ihre Ansicht auf die Argumente (5) und (6), das LG Kassel nannte auch noch das Arguement (8)[3]. Die übrigen fünf Gerichte[4] griffen auf keines der oben genannten Argumente zurück.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Nur das OLG Hamburg setzte sich in seinem Urteil vom 21.9.1955[5] mit Gegenargumenten, hier mit dem Argument (13)[6] auseinander.

---

1 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; OLG Hamburg v. 21.9.1955 in NJW 1955, 1729; LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

2 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; OLG Hamburg v. 21.9.1955 in NJW 1955, 1729; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.

3 cf. oben S. 155 f.

4 cf. LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

5 OLG Hamburg v. 21.9.1955 in NJW 1955, 1729.

6 cf. oben S. 157.

(3) Zitierweise

Neun der zehn Gerichte belegten ihre Ansicht mit Zitaten[1]. Dabei reichte die Zitierfreudigkeit von einem[2] bis zu fünfzehn Zitaten[3]. Ohne Zitat - ebenso wie ohne Argument - kam das LG Berlin vom 13.2.1956 aus.[4]

In sechs Entscheidungen fehlten Zitate für die Gegenmeinung[5]. Daß ein Meinungsstreit bestand, wurde daher nicht durch entsprechende Fundstellen erkennbar.

(4) Argumentation zu Art. 3 II GG

Überwiegend wählte man ausdrücklich oder unausgesprochen die Vorschrift des Art. 3 II GG als Ansatz zur Begründung des Fortfalls der Vorranghaftung des Vaters[6]. Nur der BGH[7] knüpfte auch für die Frage der inhaltlichen Ausgestaltung

---

1 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26; LG Düsseldorf v. 30.12. 1953 in JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; OLG Hamburg v. 21.9.1955 in NJW 1955, 1729; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10. 1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

2 cf. LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; OLG Hamm v. 24.1. 1957 in FamRZ 1957, 375.

3 cf. BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.

4 LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421.

5 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26; LG Düsseldorf v. 30.12. 1953 JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375.

6 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11. 1954 in NJW 1955, 753; LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - BGHZ 22, 51/52; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

7 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53.

der elterlichen Unterhaltspflichten ausdrücklich an Art. 3 II GG an. Der BGH argumentierte, auch § 1606 BGB a.F. habe eine - wenn auch nacheinander geschaltete - Vollhaftung der Eltern vorgesehen. Daran wolle Art. 3 II GG nichts ändern.

(5) Das entscheidende Argument

Entscheidendes Argument war in fünf Entscheidungen das Interesse der Kinder an der beliebigen, vollen Inanspruchnahme eines der Elternteile[1]. Man wollte ausdrücklich die Gefahr ausschließen, daß ein unterhaltsberechtigtes Kind unter Hinweis auf die nur anteilige Haftung von einem Ehegatten an den anderen verwiesen und damit u.U. der Notwendigkeit mehrerer Unterhalts-Prozesse ausgesetzt würde. Die übrigen fünf Entscheidungen ließen keine zentrale Erwägung erkennen.

bb) Die zwei Entscheidungen, die eine Gesamtschuld ohne Modifikation im Außenverhältnis durch § 1603 BGB a.F. vertraten[2]

Das Urteil des AG Berlin-Lichterfelde von 27.8.1954[3] enthielt keine Argumente, weder für noch gegen die dort vertretene Ansicht. Ebenso fehlten Zitate.

Das AG Regensburg begründete dagegen sein Urteil vom 24.4.1953[4] mit den Argumenten (5), (6) und (10)[5]. Gegenargu-

---

1 cf. LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

2 cf. AG Regensburg v. 24.4.1953 in NJW 1953, 789; AG Berlin-Lichterfelde v. 27.8.1954 in JR 1955, 146.

3 AG Berlin-Lichterfelde v. 27.8.1954 in JR 1955, 146.

4 AG Regensburg v. 24.4.1953 in NJW 1953, 789.

5 cf. oben S. 155 f.

mente fehlten. Als entscheidender Grund wurde auch hier - wie oben von fünf Gerichten[1] - das Kindesinteresse in den Vordergrund gestellt.

cc) Das Urteil des LSozG Schleswig vom 28.11.1956

Zu den Gerichten, die von einer gesamtschuldnerischen Haftung ausgingen, gehörte auch das LSozG Schleswig[2]. In dessen Urteil vom 28.11.1956 wurde ohne Begründung und unter Hinweis auf eine Literaturstelle von einer Gesamtschuld der Eltern ausgegangen, ohne daß den Gründen hätte entnommen werden können, ob es sich um eine reine oder irgendwie modifizierte Gesamtschuld handeln sollte.

dd) In der Frage der Fortgeltung des § 1606 BGB offengebliebene Entscheidungen

In drei Entscheidungen blieb offen, ob die Eltern ihren Kindern anteilig oder gesamtschuldnerisch hafteten[3].

So beließ es der in dieser Frage älteste veröffentlichte Beschluß überhaupt - die Entscheidung des LG Oldenburg vom 8.4.1953[4] - bei der Feststellung, daß die Vorranghaftung des Vaters gegen Art. 3 II, 117 GG verstoße.

Die beiden anderen Entscheidungen sind die Urteile vom BGH vom 3.12.1953 und vom 13.6.1955[5]. Im Urteil vom 3.12.

---

1 cf. oben S. 161.

2 LSozG Schleswig v. 28.11.1956 un FamRZ 1958, 225.

3 cf. LG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 106; BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11, 206; BGH, Urteil v. 13.6.1955 - III ZR 226/54 - in BGHZ 17, 360/361.

4 LG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 106;

5 BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11, 206/211; BGH, Urteil v. 13.6.1955 - III ZR 226/54 - in BGHZ 17, 360/361.

1953 ging der BGH vom Grundsatz einer Haftung zu gleichen Teilen unter Verallgemeinerung des § 1606 II 1 BGB a.F. aus. Gleichzeitig hielt der BGH eine gesamtschuldnerische Haftung dann für denkbar, wenn andernfalls der Kindesanspruch stark gefährdet wäre. Das Für und Wider hinsichtlich beider Konstruktionen kam in der Verwendung der Argumente (5), (6), (11) und (13)[1] zum Ausdruck, ferner in den Zitaten von zwei Entscheidungen und sechs Literaturstellen, die kontrovers waren. Die zweite BGH-Entscheidung, das Urteil vom 13.6.1955, ging ebenso wie das vorgenannte Urteil vom Grundsatz der gleichrangigen Haftung beider Elternteile aus, ließ aber ebenfalls die inhaltliche Ausgestaltung der Haftung offen. Es unterblieb auch die Wiedergabe von Argumenten. Nur der Meinungsstand wurde mit vier Literaturstellen angedeutet.

Erst das Urteil des BGH vom 19.10.1956[2] brachte eine klare höchstrichterliche Stellungnahme zugunsten einer durch § 1603 BGB a.F. begrenzten gesamtschuldnerischen Haftung der Eltern.

ee) Die Gruppe der vier Entscheidungen, in denen eine Haftung der Eltern zu gleichen Teilen vertreten wurde

In vier Entscheidungen[3] wurde eine Haftung der Eltern zu gleichen Teilen vertreten. Bei Leistungsunfähigkeit sollte der andere Elternteil entsprechend den §§ 1603, 1607 BGB a.F. für den Ausfallbetrag erhöht haften.

---

1 cf. oben S. 155 ff.

2 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53f.

3 cf. LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105; LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263; LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610.

(1) Verwendung der die eigene Meinung stützenden Argumente

Drei der vier Entscheidungen[1] enthielten eines oder zwei der oben[2] genannten, eine Haftung zu gleichen Teilen begründenden Argumente. Das LG Hannover[3], das LG Duisburg[4] und das LG Itzehoe[5] verwandten das Argument (13), das letztere auch noch den Aspekt (12)[6]. Der vom LG Göttingen[7] und auch vom LG Duisburg[8] genannte Gesichtspunkt, wonach nunmehr die Nutznießung am Kindesvermögen beiden Eltern gemeinsam zustehe, gehört nicht hierher, weil damit nur der Fortfall des Haftungsvorrangs des Vaters gestützt wird, dagegen über die Ausgestaltung der Haftung der Eltern nichts gesagt ist.

(2) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten

Alle vier Entscheidungen gabenGegenargumente wieder: Das LG Göttingen[9], das LG Itzehoe[10] und das LG Duisburg[11] enthielten die Argumente (5) und (6)[12], letzteres auch noch die Gesichtspunkte (9) und (11)[13]. Das LG Hannover[14] brachte den Aspekt (3).

---

1 cf. LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263; LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610.

2 cf. oben S. 157.

3 LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610.

4 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.

5 LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239.

6 cf. oben S. 157.

7 LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105.

8 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.

9 LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105.

10 LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239.

11 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.

12 cf. oben S. 155.

13 cf. oben S. 156.

14 LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610.

(3) Zitierweise

Das LG Göttingen[1] zitierte für die Gegenmeinung je einmal Rechtsprechung, Literatur und den Regierungs-Entwurf, das LG Itzehoe[2] gab ein Rechtsprechungs-Zitat für und eines gegen die eigene Meinung an.

Umfassende Zitate, die in etwa über den differenzierten Meinungsstand Aufschluß gaben, fanden sich dagegen in den Urteilen des LG Duisburg und des LG Hannover[3].

(4) Argumentation zu Art. 3 II GG

Soweit in drei der vier Entscheidungen ausdrücklich an die Art. 3 II, 117 GG angeknüpft wurde[4], ging es nur um die Folgerung der grundsätzlich gleichen Unterhaltspflichten beider Eltern, nicht aber um die Frage ihrer näheren Ausgestaltung.

(5) Das entscheidende Argument

Insoweit betonte man teils, der Einführung einer gesamtschuldnerischen Haftung bedürfe es nicht[5], teils die Gesamtschuld entspreche nicht der aktuellen Rechtslage[6] bzw. es sei Sache des Gesetzgebers, die gesamtschuldne-

---

1 LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105.

2 LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239.

3 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263; LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610.

4 cf. LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105; LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239; LG Hannover v. 11.5. 1955 in MDR 1955, 610.

5 cf. LG Göttingen v. 13.6.1953 in NJW 1953, 1105.

6 cf. LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239.

rische Haftung der Eltern einzuführen[1].

ff) Die Gruppe der fünf Entscheidungen, die eine anteilige Haftung der Eltern als Einzelschuldner nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit, der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse unter Anrechnung der Personensorge befürworteten

In fünf Entscheidungen[2] wurde eine anteilige Haftung der Eltern als Einzelschuldner, orientiert an ihrer Leistungsfähigkeit und ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Anrechnung der Personensorge vertreten.

(1) Argumentation

Nur zwei Entscheidungen[3] enthielten zur Begründung der vertretenen Ansicht eines der oben vorgenannten Argumente, nämlich den Gesichtspunkt (13)[4].

Die weitere Argumentation des OLG Hamm, wegen der nunmehr gemeinsamen Nutznießung beider Elternteile am Kindesvermögen sei die Grundlage für die vorrangige Haftung eines Ehegatten entfallen, war ohne Bedeutung für die Frage der Ausgestaltung der elterlichen Haftung gegenüber ihren Kindern.

---

1 cf. LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.

2 cf. AG Husum v. 4.8.1953 in SchlHA 1953, 292; OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 839; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613; LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.

3 cf. AG Husum v. 4.8.1953 in SchlHA 1953, 292; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164.

4 cf. oben S. 157.

Keine der fünf Entscheidungen enthielt Gegenargumente.

(2) Zitierweise

In vier der fünf Entscheidungen[1] wurde durch Zitate erkennbar, daß in der Rechtsprechung auch eine grundsätzlich andere Auffassung - die gesamtschuldnerische Haftung - vertreten wurde. Auffällig ist allerdings, daß für die Konstruktion der Gesamtschuld keine Gerichtsentscheidungen zitiert wurden, obwohl bereits mehrere derartige Entscheidungen ergangen waren[2]. Die entsprechenden Zitate in den vier Entscheidungen bezogen sich nur auf das Schrifttum[3] bzw. den I. Gesetzesentwurf der Bundesregierung[4].

In der jüngsten Entscheidung, dem Urteil des LG Wiesbaden vom 30.8.1957[5], wurde nur auf den § 1606 III 1 GlbG Bezug genommen.

(3) Argumentation zu Art. 3 II GG

Nur das OLG Hamm suchte in seinem Beschluß vom 10.5.1954[6] ausdrücklich einen Ansatz in Art. 3 II GG. In dem Beschluß wurde festgestellt, die Vorschrift des Art. 3 II GG habe vor allem negative Wirkung. Art. 3 II GG vermöge daher keine Haftungserweiterung in Form einer gesamtschuldnerischen Haftung der Eltern zu begründen.

---

1 cf. AG Husum v. 4.8.1953 in SchlHA 1953, 292; OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 839; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613.

2 cf. AG Regensburg v. 24.4.1953 in NJW 1953, 789; LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26.

3 cf. OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 829; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613.

4 cf. OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 829; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613; AG Husum v. 4.8.1953 in SchlHA 1953, 292.

5 LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425.

6 OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164.

(4) Das entscheidende Argument

Entscheidendes Argument gegen eine gesamtschuldnerische Haftung und damit auch für die Entscheidung zugunsten der anteiligen Haftung war in drei der fünf Entscheidungen die Auffassung, die Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung sei allein Sache des Gesetzgebers[1].

Das LG Wiesbaden bezog sich demgegenüber in seinem Urteil vom 30.8.1957[2] entscheidend auf den § 1606 III 1 GlbG.

gg) Die drei Entscheidungen, die bereits den § 1606 III 1 GlbG anwandten

Drei Gerichte - das LG Wiesbaden mit Urteil vom 30.8.1957, das OLG Frankfurt mit seiner Entscheidung vom 23.10.1957 und das OLG Celle mit der Entscheidung vom 4.2.1958[3] - wandten bereits vorzeitig den § 1606 III 1 GlbG an. Danach hafteten die Eltern anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Diese Regelung entsprach im Ergebnis weitgehend der Judikatur der vorstehend unter ff) genannten fünf Entscheidungen.

Alle drei Entscheidungen gingen mehr oder weniger knapp von einer Vorwirkung des neuen Gleichberechtigungsgesetzes aus. Diese Vorwirkung wurde nicht begründet.

Das LG Wiesbaden[4] ging nicht einmal mehr mit Zitaten auf die bis dahin überwiegende Rechtsprechung - einschließlich

---

1 cf. OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 829; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613.

2 LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425.

3 LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425; OLG Frankfurt v. 23.10.1957 in FamRZ 1958, 33; OLG Celle v. 4.2.1958 in FamRZ 1958, 228.

4 LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425.

der des BGH - ein, wonach die Eltern ihren Kindern gesamtschuldnerisch hafteten.

Das OLG Frankfurt und das OLG Celle zitierten dagegen noch das Urteil des BGH vom 19.10.1956 als abweichende Rechtsprechung und belegten ihre Ansicht von der Vorwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes mit zwei Literatur-Zitaten (OLG Frankfurt) bzw. einem Rechtsprechungs-Zitat (OLG Celle unter Hinweis auf OLG Frankfurt).

d) Das Selbstverständnis der Gerichte

Zu der Frage der Kompetenzen der Gerichte im Verhältnis zum Gesetzgeber enthielten sieben der Entscheidungen ausdrückliche Äußerungen[1].

Sechs Entscheidungen gaben übereinstimmend die Ansicht wieder, die Konstruktion einer gesamtschuldnerischen Haftung der Eltern finde im Gesetz keine Stütze. Die Einführung einer solchen Haftung sei Sache des Gesetzgebers.

Demgegenüber enthielt nur eine der dreizehn Entscheidungen, in denen eine gesamtschuldnerische Haftung vertreten wurde[2] - die des OLG Karlsruhe vom 17.10.1957[3] - , eine Auseinandersetzung mit dieser Frage. Das OLG Karls-

---

1 cf. LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239; BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11, 206/210; OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 839; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164; LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613; LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263; OLG Karslruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

2 cf. AG Regensburg v. 24.4.1953 in NJW 1953, 789; LG Kassel v. 5.6.1953 in MDR 1953, 493; LG Oldenburg v. 17.6.1953 in NdsRpfl 1954, 26; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; AG Berlin-Lichterfelde v. 27.8.1954 in JR 1955, 146; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; OLG Hamburg v. 21.9.1955 in NJW 1955, 1729; LG Berlin v. 13.2.1956 in JR 1956, 421; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.; LSozG Schleswig v. 28.11.1956 in FamRZ 1958, 225; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

3 OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

ruhe setzte sich über die Bedenken gegen eine Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem Hinweis hinweg, diese Bedenken der Überschreitung der Grenze zum Aufgabenbereich des Gesetzgebers seien ausgeräumt, weil der BGH die gesamtschuldnerische Haftung durch die Leistungsfähigkeit gemäß § 1603 BGB begrenze.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung zu 1606 BGB

Die Rechtsprechung zur Unterhalts-Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern war - mit einer Ausnahme[1] - einheitlich insoweit, als man vom Fortfall der väterlichen vorrangigen Haftung ausging. Dagegen blieb die Ausgestaltung der elterlichen Haftung in dem ganzen Zeitraum vom 1.4.1953 bis zum 30.6.1958 umstritten.

Es standen sich die Meinungen gegenüber, die Eltern hafteten als Gesamtschuldner - kontrovers war weiter, ob gleichrangig im Rahmen ihrer Erwerbs- und Vermögensverhältnisse oder beschränkt durch ihre Leistungsfähigkeit - oder zu gleichen Teilen bei Haftungserweiterung für einen eventuellen Ausfallbetrag des anderen Gatten bzw. anteilig nach Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse.

Die letztere Auffassung wurde in § 1606 III 1 GlbG Gesetz. Diese neue gesetzliche Regelung schloß sich nicht kontinuierlich an die bis dahin herrschende Rechtsprechung an. Vielmehr hatte sich der BGH zuvor mit Urteil vom 19.10.1956[2] - nachdem bis dahin in der Rechtsprechung alle oben genannten Meinungen ziemlich gleichmäßig vertreten worden waren -

---

1 cf. LG Nürnberg-Fürth v. 27.1.1955 in FamRZ 1955, 140.

2 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.

für eine durch die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Gatten beschränkte, gesamtschuldnerische Haftung ausgesprochen.

Auch nach der Verkündung des Gleichberechtigungsgesetzes blieb die Ausgestaltung der Unterhalts-Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern kontrovers. Während das LG Wiesbaden, das OLG Frankfurt und das OLG Celle eine Vorwirkung des § 1606 III 1 GlbG in ihren Entscheidungen vom 30.8.1957, vom 23.10.1957 und vom 4.2.1958 befürworteten[1], lehnte das OLG Karlsruhe die Vorwirkung in der Entscheidung vom 17.10.1957[2] ab und folgte der vom BGH mit Urteil vom 19.10.1956 vertretenen Auffassung einer gesamtschuldnerischen Haftung.

Die Entscheidungen waren weit überwiegend nur einseitig - d.h. ohne Auseinandersetzung mit Gegenargumenten - begründet.

Die Zitierweise ließ nur z.T. erkennen, daß in der Frage der elterlichen Unterhalts-Haftung ein Meinungsstreit bestand.

Die Art. 3 II, 117 GG waren überwiegend Ausgangspunkt der Argumentation nur in der Frage des Fortfalls der vorrangigen Haftung des Vaters, nicht dagegen auch hinsichtlich der Ausgestaltung der Haftung nach dem Fortfall dieser Vorranghaftung. Soweit die Gerichte auch in letzterem Zusammenhang ausdrücklich von Art. 3 II GG ausgingen, vertraten sie in der Mehrzahl nur eine negative Wirkung des Art. 3 II GG, lehnten aber die positive Ableitung einer bis dahin vom Gesetzgeber nicht verwendeten Lösung - der Gesamtschuld - aus den Art. 3 II, 117 GG ab.

---

1 LG Wiesbaden v. 30.8.1957 in FamRZ 1957, 425; OLG Frankfurt v. 23.10.1957 in FamRZ 1958, 33; OLG Celle v. 4.2. 1958 in FamRZ 1958, 228.

2 OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

Um eine methodisch fundierte Argumentation waren nur zwei Gerichte bemüht: Zum einen der BGH[1] und insbesondere das LG Duisburg[2], das in seinen Gründen von den klassischen Kriterien des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und des Zwecks der gesetzlichen Unterhaltsregelungen ausging.

III. Zusammenfassung zur Analyse der Rechtsprechung

1. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Zeitraum vom 1.4.1953 bis zum 17.6.1957, dem Tag vor der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes durch den Bundestag

Die Rechtsprechung war in einem Teil der vorgenannten Sachfragen einheitlich, so zu den §§ 1354, 1355, 1357 II und weitgehend auch zu den §§ 1357 I, 1360 und 1361 BGB.

Dagegen blieb die Rechtsprechung zum gesetzlichen Güterstand, dabei insbesondere zur Prozeßkostenvorschußpflicht und zu § 1606 BGB über den ganzen Zeitraum vom 1.4.1953 bis zur Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes kontrovers. Dasselbe gilt für die ersten beiden Jahre der Rechtsprechung zu § 1300 BGB. In diesen letzteren Sachbereichen bestand daher eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

Aber auch die konstante Rechtsprechung in den übrigen obigen Sachfragen kann nicht mit einer Sicherheit über die Entscheidung in den Rechtsfragen gleichgesetzt werden. Zu berücksichtigen ist, daß zu jeder der hier erörterten Rechtsfragen ein Meinungsstreit zumindest in der Literatur bestand und z.T. gegensätzliche Gesetzesentwürfe vorlagen. Jedenfalls im ganzen Jahr 1953 - d.h. bevor sich wenigstens in Andeutungen eine einheitliche Rechtsprechung herausgeschält hatte - bestand "ex ante" für den Rechtsuchenden

---

1 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/52 ff.

2 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.

auch in den letztlich von der Rechtsprechung aus der "ex post"-Perspektive einheitlich entschiedenen Fragen eine Rechtsunsicherheit.

Bei genauerem Hinsehen läßt die - "ex post" gesehen - fast totale Einhelligkeit einer Rechtsprechung in einer Frage aber nicht einmal den Schluß zu, daß irgendwann, beispielsweise Ende 1953, ein Zustand der Rechtssicherheit eingekehrt wäre. In Wahrheit konnte der Rechtsuchende nur dann einer bestimmten Entscheidung in einer Rechtsfrage einigermaßen sicher sein, wenn von dem angerufenen Gericht, möglichst noch dem zuständigen Richter oder der Kammer, ein entsprechendes Urteil bereits vorlag. Dies wird am Beispiel der Rechtsprechung zu § 1354 BGB und zu § 1355 BGB deutlich. Mitten in eine ansonsten völlig einhellige Rechtsprechung hinein erging zu § 1354 BGB im April 1954 das abweichende Urteil des LG Duisburg[1], worin ein Letztentscheidungsrecht des Vaters bejaht wurde. Dasselbe geschah zu § 1355 BGB im Juli 1955 durch das Urteil des VG Frankfurt[2], das als einziges Gericht die Fortgeltung des § 1355 BGB verneinte.

Daran wird deutlich, daß auch eine weitgehend konstante Rechtsprechung nicht in derselben Weise die Voraussehbarkeit der Entscheidung einer Rechtsfrage gewährleisten kann wie eine klare gesetzliche Regelung.

2. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Zeitraum vom 18.6.1957 bis zum 30.6.1958

Am 18.6.1957 tauchte die Frage der Vorwirkung des nunmehr verabschiedeten Gleichberechtigungsgesetzes für den Zeitraum bis zu seinem Inkrafttreten am 1.7.1958 auf.

---

1 LG Duisburg v. 29.4.1954 in FamRZ 1954, 202.
2 VG Frankfurt v. 27.7.1955 in FamRZ 1955, 361.

Dadurch konnte in den Sachbereichen keine neue Rechtsunsicherheit geschaffen werden, in denen das Gleichberechtigungsgesetz die Regelungen traf, die vorher in etwa auch von der Rechtsprechung praktiziert worden waren. Dies war in den Bereichen der §§ 1300, 1354[1], 1355, 1357 II und 1360 BGB der Fall.

Dagegen folgte die Vorschrift des § 1357 I GlbG nicht der bis dahin weitgehend konstanten Rechtsprechung zu § 1357 I a.F. Zu § 1357 I BGB a.F. liegt hier nur ein Urteil aus diesem Zeitraum vor[2], das die Vorwirkung des § 1357 I GlbG bejahte und damit die bisherige Rechtsprechung einschließlich der des BGH ablehnte.

Während die Rechtsprechung zu § 1357 I BGB durch die Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes wieder verunsichert wurde, läßt sich zum gesetzlichen Güterrecht, insbesondere zur Prozeßkostenvorschußpflicht und zu § 1606 BGB a.F. eine solche Feststellung nicht treffen. Zwar übernahm das Gleichberechtigungsgesetz die bis zu seiner Verabschiedung entwickelte Rechtsprechung in diesen Fragen nicht. Insoweit lag aber ohnehin schon vor der Beschlußfassung des Bundestages über das Gleichberechtigungsgesetz eine zerstrittene Rechtsprechung vor, so daß das Gleichberechtigungsgesetz diese Rechtsprechung kaum noch tiefer verunsichern konnte.

---

1 Allerdings blieb der Stichentscheid und das alleinige Vertretungsrecht des Vaters in Angelegenheiten der Personensorge zunächst bestehen bis sie durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 29.7.1959 - 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58 - in BVerfGE 10, 59 beseitigt wurden.

2 cf. LG Berlin v. 9.7.1957 in FamRZ 1957, 320.

3. BGH-Urteile

Eng mit dem Aspekt der Rechtssicherheit verknüpft ist die Frage nach der Existenz von höchstrichterlichen Entscheidungen.

Zu den Vorschriften der §§ 1354, 1357 I und 1361 BGB ergingen keine BGH-Entscheidungen. Dies blieb ohne Auswirkungen, da die unteren Instanzen dennoch zu konstanten, im Ergebnis gleichmäßigen Entscheidungen fanden.

In den übrigen oben genannten Rechtsbereichen lagen höchstrichterliche Entscheidungen vor. Diese trugen zur Rechtsberuhigung - und Vereinheitlichung nichts oder nur wenig bei. Der BGH gab nur in wenigen Urteilen bzw. Beschlüssen eine klare Stellungnahme ab. Dies gilt für die Entscheidung vom 10.3.1956[1] zu § 1300 BGB. Seit dem Jahr 1955 bestand hier aber bereits eine entsprechende gleichmäßige Rechtsprechung der unteren Gerichte, so daß dieses BGH-Urteil jedenfalls nicht zum Beruhigungsfaktor für eine bis dahin zerstrittene Rechtsprechung werden konnte.

Dasselbe gilt für die Entscheidungen des BGH vom 14.7.1956, vom 25.9.1956 und vom 13.7.1957[2] zu § 1355 BGB. Auch hier bezog der BGH eine klare Position im Rahmen einer Rechtsprechung von Untergerichten, die - mit einer Ausnahme - völlig gleichmäßig war.

Zu den §§ 1360, 1363 ff. BGB, insbesondere zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten und auch zunächst zu § 1606 BGB ergingen BGH-Entscheidungen, die ausdrücklich

---

1 BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/197 f.

2 BGH, Beschluß v. 14.7.1956 -IV ZB 147/55 - in FamRZ 1956, 309/310; BGH, Beschluß v. 25.9.1956 - IV ZB 86/56 - in NJW 1956, 1837; BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/361 f.

die bestehenden Streitfragen offenließen. Dabei war es unter dem Aspekt der Rechtssicherheit unschädlich, daß der BGH in seinen Entscheidungen vom 14.12.1956, vom 5.2.1957 und vom 27.9.1957[1] zu § 1360 BGB die Streitfrage offenließ, ob der Abs. I oder der Abs. II zu verallgemeinern war; denn dieser Streit[2] vermochte sich in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht praktisch auszuwirken, weil die Gerichte darin einig waren, daß sich die Pflichten der Ehefrau jedenfalls auf die Haushaltstätigkeit beschränkten[3].

Bedeutsamer für die Rechtssicherheit bzw. Rechtseinheit war schon, daß der BGH auch zum gesetzlichen Güterstand eine eindeutige Festlegung vermied. So blieb im zeitlich ersten zum gesetzlichen Güterstand ergangenen Urteil des BGH vom 14.7.1953[4] offen, welches Güterrecht nun kraft Gesetzes gelten sollte. Der BGH begnügte sich mit der Feststellung, daß jedenfalls das alte gesetzliche Güterrecht - soweit die Ehefrau danach nicht frei über ihr Vermögen verfügen konnte - entfallen sei.

In seinem zweiten Urteil zum gesetzlichen Güterstand vom 21.12.1953[5] erklärte der BGH dann zwar, das alte gesetz-

---

1 BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92 f.; BGH, Urteil v. 5.2.1957 - VI ZR 312/55 - in FamRZ 1957, 165/166 f.; BGH, Urteil v. 27.9.1957 - VI ZR 230/56 - in FamRZ 1958, 16/17.

2 cf. dazu OLG Oldenburg v. 28.4.1953 in MDR 1953, 429 und LG Krefeld v. 6.5.1953 in Anm. zu Nr. 17 in NJW 1953, 909, die für eine Verallgemeinerung des § 1360 II eintraten, während OLG Braunschweig v. 8.5.1953 in NdsRpfl 1953, 198, SchlHOLG v. 12.5.1953 in SchlHA 1953, 132, BayObLG v. 25.2. 1958 in FamRZ 1958, 284 und das LSozG Celle v. 7.5.1958 in FamRZ 1959, 503 die Vorschrift des § 1360 I generalisieren wollten.

3 cf. oben S. 65.

4 BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266/280.

5 BGH, Urteil v. 21.12.1953 - IV ZR 187/52 - in Rpfleger 1954, 143/144.

liche Güterrecht sei entfallen und neuer gesetzlicher Güterstand sei "Gütertrennung". Ob es sich dabei aber um eine Gütertrennung im Sinne der §§ 1426 ff. BGB a.F. oder um eine allgemeine Gütertrennung handeln sollte, blieb wiederum offen. Hier wird deutlich, daß der BGH sich nicht zum Vorreiter einer Rechtsentwicklung machte. Der BGH benutzte nicht die erste Gelegenheit zu einer klaren - über den zu entscheidenden Fall hinausgehenden - Stellungnahme, sondern bezog umgekehrt erst dann Stellung, als es der konkrete Fall erforderte.

Dies wird noch deutlicher anhand der Rechtsprechung zu § 1606 BGB. Der BGH ließ in seinen ersten beiden Urteilen vom 3.12.1953 und vom 13.6.1955[1] die Ausgestaltung der Unterhalts-Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern ausdrücklich dahingestellt. Erst im Urteil vom 19.10. 1956[2] erfolgte eine klare Stellungnahme.

Dieselbe Tendenz zeigt sich bei der Rechtsprechung zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten. Hierzu ergingen am 21.12.1953 und am 23.7.1954 zwei Beschlüsse des BGH[3], die beide jedenfalls keine klare Aussage dazu enthielten, ob im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten eine Prozeßkostenvorschußpflicht bestand. Dabei hätte gerade in dieser äußerst kontroversen Frage eine höchstrichterliche Entscheidung eine Rechtsberuhigung herbeiführen können.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß der BGH selbst dann, wenn Gelegenheit zu einer höchstrichterlichen Entscheidung bestand, einer solchen Entscheidung ausdrücklich möglichst

---

1 BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11,206/211; BGH, Urteil v. 13.6.1955 - III ZR 226/54 - in BGHZ 17, 360/361.

2 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/53 f.

3 BGH, Beschluß v. 21.12.1953 - IV ZR 187/52 - in Rpfleger 1954, 143/145; BGH, Beschluß v. 23.7.1954 - IV ZR 142/54 - in NJW 1955, 219.

lange aus dem Wege ging. Die BGH-Entscheidungen waren daher - soweit solche überhaupt in den hier angesprochenen Sachbereichen ergingen - kein nennenswerter Faktor zur Vereinheitlichung der z.T. doch zerstrittenen Rechtsprechung. Sie sollten es nach Auffassung des BGH wohl auch nicht sein[1].

4. Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Rechtsprechung

Die Entscheidungsgründe waren weit überwiegend unvollständig, z.T. fehlte in den hier angesprochenen Sachbereichen jede Begründung.

Die - allerdings im Ergebnis weitgehend einheitliche - Rechtsprechung zu § 1354 BGB und zu § 1360 BGB wies überhaupt keine Argumentation zur Begründung der jeweils von den Gerichten vertretenen Auffassung auf.

Im Rahmen der durchweg kontroversen Rechtsprechung zu den §§ 1300, 1361, 1363 ff., insbesondere zur Prozeßkostenvorschußpflicht und zu § 1606 BGB verwendeten die Gerichte die bereits im Jahre 1953 oder noch früher in der Literatur diskutierten Argumente nur äußerst unvollständig oder gar nicht. Man fand aber auch keine anderen, eigenen tragfähigen Aspekte. Vielmehr blieben die Gründe - soweit man überhaupt Argumente anführte - in der Regel auf einen oder zwei der aus der Literatur bekannten Gesichtspunkte beschränkt. Ähnliches gilt auch für die übrige Rechtsprechung, vor allem für die Entscheidungen zu den §§ 1355 und 1357 I BGB. Ein großer Teil dieser Rechtsprechung enthielt auch keine Wiedergabe von bzw. Auseinandersetzung mit Gegenargumenten. Das gilt unabhängig davon, ob die Ju-

---

1 cf. Kropholler, S. 72 ff., der die Bedeutung der Rechtsprechung des BGH z.T. anders einschätzt.

dikatur einhellig oder zerstritten war. So führten die weitgehend gleichförmigen Entscheidungen zu § 1354 BGB keines der in der Literatur vertretenen Gegenargumente an. Dasselbe trifft aber auch für große Teile der Rechtsprechung in Bereichen zu, in denen die jeweilige Rechtsfrage völlig kontrovers war. Die Entscheidungen zur Prozeßkostenvorschußpflicht beispielsweise enthielten überwiegend keine oder kaum Aspekte der Gegenmeinung. Dasselbe gilt für die Urteile zu § 1606 BGB. Soweit dort eine gesamtschuldnerische oder anteilige Haftung der Eltern vertreten wurde, ging man in keinem einzigen Fall auf Gegenargumente ein. Genauso verhielt es sich bei den drei Entscheidungen zu § 1357 I BGB[1], in denen eine gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten bzw. eine beiderseitige Schlüsselgewalt vertreten wurde, ebenso auch bei den zwei zu § 1361 II veröffentlichten Urteilen[2], wonach der Fortfall der Unterhaltspflichten zwischen den Ehegatten bei Getrenntleben die Regel sein sollte.

Demnach läßt sich feststellen, daß die Urteile und Beschlüsse weit überwiegend in der Argumentation lückenhaft waren. Dies mag in den Bereichen, in denen "nur" in der Literatur abweichende Ansichten und Argumente vertreten wurden, nicht überraschen, wenn im übrigen eine konstante Rechtsprechung bestand. Fragwürdig erscheint dies dennoch, da mindestens im ersten Jahr der Rechtsprechung angesichts der Kontroversen in der Literatur und der fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung die Gerichte nicht sicher sein konnten, daß sich von Anbeginn an eine gleichmäßige Rechtsprechung entwickeln würde.

Besonders unbefriedigend erscheint der weitgehende Verzicht auf eine wirkliche umfassende Auseinandersetzung mit den im

---

1 cf. LG Lüneburg v. 9.7.1953 in NJW 1953, 1351; OLG Schleswig v. 8.10.1953 in NJW 1954, 155; LG Oldenburg v. 25.5.1956 in Rpfleger 1956, 167.

2 cf. OLG Karlsruhe v. 22.5.1954 in FamRZ 1954, 82; OLG Köln v. 26.10.1954 in FamRZ 1955, 104.

Raum stehenden Aspekten in den Bereichen, in denen die Rechtsprechung zerstritten war. Der weitgehende Ausfall einer wirklichen argumentativen Abwägung läßt sich wohl auch nicht hinreichend damit erklären, daß die Gerichte es vorgezogen hätten, Gegenargumente aus den Urteilen bzw. Beschlüssen herauszulassen, um die Entscheidungen für die Parteien überzeugender zu gestalten. Eine solche Überlegung mag im Einzelfall eine Rolle gespielt haben. Insgesamt dürfte eine Urteilsfindung unter Einbeziehung von Gegenargumenten und abweichenden Entscheidungen anderer Gerichte auf die Parteien und ihre Anwälte überzeugender wirken als eine bewußt einseitige, in der Argumentation verstümmelte Entscheidung.

Näherliegender erscheint daher die Vermutung, daß die meisten Gerichte ihre Urteile bzw. Beschlüsse in weitgehender Unkenntnis der Argumente und abweichenden Entscheidungen abfaßten. Die Vermutung eines lückenhaften Informationsstandes der Rechtsprechung wird erhärtet durch die Zitierweise:

Die Entscheidungen zu § 1300 BGB enthielten z.T. überhaupt keine Zitate und zwar auch nicht, soweit sie zwei Jahre nach Beginn der Rechtsprechung, d.h. nachdem eine Anzahl von Urteilen veröffentlicht worden waren, ergingen.

Im übrigen gaben die Urteile und Beschlüsse zwar überwiegend Zitate - entweder Literatur-, Rechtsprechungs- oder Gesetzgebungszitate - zugunsten der eigenen Auffassung wieder. Hinweise auf eine Gegenmeinung fehlten dagegen in den weit überwiegenden Fällen. Die Entscheidungen informierten daher zumeist weder durch Gegenargumente noch durch entsprechende Zitate darüber, daß sie im Inhalt auch hätten anders ausfallen können.

Soweit einige Gerichte die vorhandenen Gesichtspunkte auszuschöpfen versuchten, bzw. durch Zitate die Parteien über den Streitstand unterrichteten, wurde kein Instanzengefälle

etwa in der Weise sichtbar, daß dies ein Kennzeichen höherer und höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen wäre bzw. umgekehrt es insbesondere bei den erstinstanzlichen Gerichten an einer solchen Argumentation gefehlt hätte.

Eine klare Tendenz ist hier vielmehr in keiner Hinsicht feststellbar. So stammt beispielsweise zu § 1300 BGB das dem Streitstand am umfassendsten gerecht werdende Urteil von einem Amtsgericht, dem AG Stromberg-Hunsrück[1]. Ähnlich umfassend waren zu § 1300 BGB nur noch die Gründe des LG Kiel[2]. Demgegenüber nimmt sich die Argumentation des BGH[3] zu § 1300 BGB mehr als spärlich aus.

Nur wenige weitere Entscheidungen fielen zum Positiven hin so deutlich aus dem Rahmen wie z.B. das Urteil des LG Duisburg zu § 1606 BGB[4] und der Beschluß des OLG Bamberg zur Prozeßkostenvorschußpflicht[5].

Zum Negativen hin konnte kein Urteil bzw. kein Beschluß aus dem Rahmen fallen, weil die meisten Urteile und Beschlüsse - wie dargelegt - in den hier erörterten Fragen unvollständig oder gar nicht begründet waren. Als repräsentativ kann hier z.B. der Beschluß des OLG München vom 24.4.1953[6] zur Prozeßkostenvorschußpflicht gelten. Dort ersetzte die Behauptung die Begründung.

Ähnlich verfuhr man bei der argumentativen Verwertung der Art. 3 II, 117 GG. Teilweise kamen diese Normen nicht

---

1 AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102.
2 LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.
3 BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195 ff.
4 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263.
5 OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903.
6 OLG München v. 24.4.1953 in NJW 1953, 829.

einmal der Ziffer nach in den Gründen vor. Wenn die Vorschriften doch angeführt wurden, dann überwiegend in der Weise, daß an ihre Nennung unmittelbar eine Folge geknüpft wurde (z.B. "durch Art. 3 II, 117 GG ist § 1387 BGB entfallen")[1]. Die Behauptung, warum gerade diese Folge aus den Art. 3 II, 117 GG resultieren sollte, blieb ohne Begründung. Ähnlich apodiktisch argumentierte gelegentlich auch der BGH[2], der seine Auffassung mit dem "recht verstandenen Art. 3 II GG" begründete. Nur in den seltensten Fällen wurde der Versuch gemacht, die Art. 3 II, 117 GG mit Hilfe der "klassischen" Auslegungskriterien aufzuschlüsseln und so die Entscheidung rational nachvollziehbar zu machen. In der Rechtsprechung zu § 1300 BGB fanden sich solche Ausnahmen. So bezog sich das OLG Braunschweig[3] auf die Entstehungsgeschichte, das OLG Koblenz und das LG Kiel[4] auf den systematischen Zusammenhang mit Art. 3 I und Abs. III und das

---

1 cf. z.B. zur Prozeßkostenvorschußpflicht zwischen Ehegatten: OLG Düsseldorf v. 15.4.1953 in JMBL NRW 1953, 126; OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128; OLG Köln v. 6.5. 1953,in MDR 1953, 425; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; OLG Karlsruhe v. 22.5.1953 in NJW 1953, 908; OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161; OLG Stuttgart v. 14.5. 1954 in FamRZ 1954, 248; LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249; zu § 1606: LG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 106; LG Düsseldorf v. 30.12.1953 in JMBL NRW 1954, 41; LG Koblenz v. 16.11.1954 in NJW 1955, 753; LG Hannover v. 11.5.1955 in MDR 1955, 610; BayObLG v. 16.10.1956 in JR 1957, 70; BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51/52; OLG Hamm v. 24.1.1957 in FamRZ 1957, 375; zu § 1360: OLG Düsseldorf v. 9.9.1957 in JMBL NRW 1953, 281; BGH, Urteil v. 14.12.1956 - VI ZR 269/55 - in FamRZ 1957, 92.

2 BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195.

3 OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222.

4 OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

LG Hamburg[1] auf den Zweck der Art. 3 II, 117 GG.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß die Art. 3 II, 117 GG - soweit die Normen überhaupt genannt wurden - ohne nähere Auslegung zur Begründung einer negativen Rechtsfolge - des Fortfalls der "überholten" Vorschrift - herangezogen wurden. Soweit es zur Entscheidungsfindung der Ersetzung der alten durch eine neue Norm bedurfte, erfolgte überhaupt keine Argumentation aus den Art. 3 II, 117 GG. Dies wird am Beispiel der Entscheidungen zu § 1357 I BGB deutlich, soweit man dessen Fortgeltung verneinte. Die Frage nach dem neuen Recht orientierte man nicht an Art. 3 II GG, sondern an "praktischen Bedürfnissen"[2].

Daraus folgt, daß nach Auffassung der Gerichte die Art. 3 II, 117 GG unausgesprochen auch bei Anwendung der herkömmlichen Auslegungskriterien bei der Suche nach dem nunmehr geltenden, neuen Recht keine brauchbaren Anhaltspunkte liefern konnten. Damit werden die Grenzen einer rationalen Gestaltung juristischer Entscheidungsfindung deutlich. Die Interpretation nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematischem Zusammenhang und Sinn bzw. Zweck einer Norm war zu Art. 3 II GG nur begrenzt möglich. Diese Generalklausel lieferte kaum griffige Ansätze, schon gar nicht im Hinblick auf die Frage nach dem neuen Recht.

Aber auch bei der Auslegung der ansonsten von den Gerichten zu verwertenden einfachen Gesetzesnormen zeigte sich, was die "klassischen" Auslegungskriterien nicht zu lösten vermögen. Sie können keinen Beitrag zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung in einer umstrittenen Rechtsfrage liefern. Sie versetzen den Rechtsanwendenden letztlich nicht einmal in den Stand, eine juristische Entscheidung rational

---

1 LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102.
2 cf. z.B. OLG Braunschweig v. 18.6.1953 in NJW 1953, 1222.

nachvollziehbar zu machen. Sie schaffen nur den Schein einer rationalen Durchdringung der Entscheidungsfindung.

Das wird deutlich, wenn dasselbe Auslegungskriterium zur Auffindung kontroverser Ergebnisse gebraucht wird. So benutzten das OLG Oldenburg, das OLG Bamberg, das LG Braunschweig und das HansOLG Hamburg[1] die Wortlaut-Interpretation zum Begriff des "gesamten Lebensbedarfs" in § 1610 BGB als Entscheidungskriterium dafür, ob unter diesen Begriff auch der Prozeßkostenvorschuß zwischen Ehegatten falle. Die ersten drei Gerichte bejahten die Frage. Das letzte Gericht stellt dagegen fest, daß der Wortlaut des § 1610 BGB hier nicht paßte.

Ein paralleles Beispiel bei der Argumentation aus der Entstehungsgeschichte lieferten die Beschlüsse des OLG München, des OLG Freiburg und des KG Berlin[2] einerseits und des OLG Nürnberg, des OLG Neustadt und des HansOLG Hamburg[3] andererseits zu § 627 ZPO. Die ersten drei Gerichte folgerten aus der Entstehungsgeschichte des § 627 ZPO, diese Norm sei nunmehr selbständige Grundlage für die Prozeßkostenvorschußpflicht. Die letzteren drei schlossen aus demselben Aspekt das Gegenteil.

Auch der Gesichtspunkt des systematischen Zusammenhangs wurde zu kontroversen Schlußfolgerungen benutzt. So leitete das OLG Koblenz[4] - letztlich zu § 1300 BGB - aus dem systematischen Zusammenhang des Art. 3 II GG mit Abs. I ab, daß die biologischen Unterschiede von Mann und Frau

---

1 cf. OLG Oldenburg v. 8.4.1953 in NdsRpfl 1953, 83; OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903; LG Braunschweig v. 15.7.1954 in JZ 1954, 676; HansOLG Hamburg v. 21.5.1953 in MDR 1953, 426.

2 OLG München v. 15.5.1953 in MDR 1953, 490; OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905; KG Berlin v. 3.6.1953 in JR 1953, 304.

3 OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBL 1953, 201; OLG Neustadt v. 25.10.1955 in JR 1956, 265; HansOLG Hamburg v. 16.5.1957 in MDR 1957, 561.

4 OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19.

nicht unberücksichtigt bleiben dürften. Dagegen folgerte das LG Kiel[1] bei demselben gedanklichen Ansatz des systematischen Zusammenhangs des Art. 3 II GG - dort allerdings mit Abs. III -, daß die naturgegebenen (biologischen) Unterschiede gerade kein Ansatzpunkt für eine Differenzierung sein dürften.

Auch die Benutzung des "Normzwecks" als des heute überwiegend für entscheidend gehaltenen Auslegungskriteriums gewährleistete keine einheitliche Entscheidungsfindung. So folgte nach Ansicht des BGH[2] aus dem "recht verstandenen" Art. 3 II GG bzw. des OLG Düsseldorf[3] aus dem "Willen des Gesetzgebers" zu Art. 3 II GG, daß die Vorschrift des § 1300 BGB letztlich fortbestehe. Das LG Hamburg[4] war hingegen der Auffassung, Zweck des Art. 3 II GG sei es, alte Vorstellungen über die Frau zu beseitigen. Die Regelung des § 1300 BGB sei daher entfallen.

Auch im übrigen führte eine identische Argumentation z.T. zu gegenteiligen Ergebnissen. So stellt das OLG Köln[5] im Juli 1953 unter Hinweis auf den Stand der Gesetzgebungsarbeiten - kein Gesetzgebungsvorhaben sehe die Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand vor - fest, gesetzlicher Güterstand sei nicht Gütertrennung, sondern nach wie vor der alte Güterstand der Verwaltung und Nutznießung. Das LG Braunschweig[6] bejahte demgegenüber einen Monat später unter

---

1 LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

2 BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195 ff.

3 OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBL NRW 1956, 15.

4 LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102.

5 OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224.

6 LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161.

Hinweis auf dieselben Gesetzgebungsvorhaben - laut Gesetzesentwurf von Regierung und Opposition sei als Güterstand die Gütertrennung mit Zugewinnausgleich geplant - Gütertrennung als neuen gesetzlichen Güterstand. Bereits im Mai 1953 hatte das OLG Celle[1] den I. Regierungs-Entwurf angeführt, um zu begründen, daß jedenfalls der alte Güterstand der Verwaltung und Nutznießung entfallen sei.

Diese Beispiele verdeutlichen eine Entscheidungsbeliebigkeit. Die Gerichte konnten in der Regel zwischen verschiedenen Entscheidungskriterien wählen und nach eigener Bewertung die Betonung auf eines davon legen. Hinzu kam, daß - wie die Beispiele zeigen - z.T. auch noch dieselben Kriterien nach eigener Bewertung zur Auffindung entgegengesetzter Ergebnisse benutzt wurden.

Es drängt sich der Eindruck auf, daß die "klassischen" Interpretationskriterien vor allem in den Fragen zu klaren, einhelligen Ergebnissen zu führen vermögen, in denen ohnehin kein wesentlicher Streit besteht. Gerade dann, wenn die Kriterien die Entscheidungsfindung ermöglichen sollen, nämlich bei schwierigen, offenen Rechtsfragen, vermögen sie zwar gedankliche Ansätze im Rahmen der Entscheidungsaufbereitung zu liefern. Sie führen aber den Rechtssuchenden nicht zwingend zu einem einzigen, bestimmten Ergebnis. Diese fehlende Festlegung und Begrenzung der Entscheidung, die auf dem Pluralismus der Entscheidungs-Kriterien und ihrer mangelnden Eindeutigkeit beruht, erhellt die weitgehende Freiheit der Entscheidungsfindung.

Diese Entscheidungsbeliebigkeit setzt dann richterliche Wertungen frei, die z.T. in den Gründen offen, verdeckt oder gar nicht erscheinen, die aber als Kryptoargumente die Urteilsfindung bestimmt haben.

---

1 OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

Die Verwendung folgender Formulierungen deutet darauf hin, daß die Entscheidungen von bestimmten, nicht unbedingt im positiven Recht normierten Wertvorstellungen beeinflußt wurden:

"Der herkömmliche, christlich bestimmte Ehe- und Familienbegriff müsse erhalten bleiben"[1], "die natürliche Familienordnung"[2], "der rechtsetzende Gemeinwille des Volkes"[3], "der Einfluß der abendländischen Rechts- und Kulturauffassung"[4], "eine Bevölkerungsmehrheit empfinde die bisherige Namensgebung als richtig"[5], "die abendländische Familienauffassung"[6], "die göttliche Ordnung", "das christliche und religiöse Volksempfinden", "die Unerwünschtheit fraulicher Erwerbstätigkeit"[7], "die westeuropäische Kulturauffassung", "die natürliche und göttliche Ordnung"[8].

Die Entscheidungsbeliebigkeit setzte aber nicht nur Wertvorstellungen und Weltanschauungen als Entscheidungskriterien frei. Überwiegend unausgesprochen, gelegentlich aber auch ausdrücklich erwogen, stellte sich für die Gerichte die Frage nach der Veränderung sozialer Verhältnisse mit Hilfe der eigenen Rechtsprechung zu Art. 3 II GG. Die Gerichte, die dies offen aussprachen, lehnten es überwiegend ab, mit ihrer Entscheidung bestehende soziale Ver-

---

1 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

2 cf. LG Duisburg v. 29.4.1954 in FamRZ 1954, 202.

3 cf. LG Duisburg v. 29.4.1954 in FamRZ 1954, 202.

4 cf. HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341.

5 cf. BGH, Beschluß v. 13.7.1957 - IV ZB 23/57 - in FamRZ 1957, 360/362.

6 cf. OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBl NRW 1953, 281.

7 cf. OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

8 cf. OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102; LG Kiel v. 24.4.1953 in SchlHA 1953, 134.

hältnisse zu verändern[1].

Nur wenige Gerichte erklärten, ihre Aufgabe angesichts des Art. 3 II GG beschränke sich nicht darauf, die in Gang gekommene Angleichung der Positionen von Mann und Frau auch juristisch zum Ausdruck zu bringen. Vielmehr sei diese Entwicklung mit Hilfe des Rechts weiterzutreiben und seien entgegenstehende, altmodische Vorstellungen auszuräumen[2].

Auf den Ausgangspunkt zurückgeblendet heißt das: Die Rechtsprechung stellte sich der Aufgabe, die ihr aufgrund der Art. 3 II, 117 GG erwuchs. In diesem Sinne waren die Art. 3 II, 117 GG "justitiabel", wie es das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1953 behauptete.

Aber diese Rechtsprechung deckte die Charakteristika auf, die bei einzelnen gerichtlichen Entscheidungen immer möglich, bei einer Rechtsprechung zu einer Generalklausel ohne klare höchstrichterliche Rechtsprechung aber fast zwangsläufig erscheinen[3]: Die Entwicklung einer teils ein-

---

1 cf. OVG Hamburg v. 11.11.1955 in JZ 1956, 172; HessVGH v. 17.8.1956 in StAZ 1957, 341; AG Stromberg-Hunsrück v. 15.6.1954 in FamRZ 1955, 102; OLG Koblenz v. 10.2.1954 in FamRZ 1954, 19; LG München I v. 25.9.1953 in FamRZ 1955, 103; OLG Düsseldorf v. 12.7.1955 in JMBl NRW 1956, 15; BGH, Urteil v. 10.3.1956 - IV ZR 315/55 - in BGHZ 20, 195/196 f.; SchlHOLG v. 23.2.1956 in SchlHA 1956 141; OLG Celle v. 17.4.1953 in MDR 1953, 429; OLG Düsseldorf v. 9.9.1953 in JMBl NRW 1953, 281; OLG Köln v. 25.9.1953 in JR 1954, 103; OLG Celle v. 19.5.1953 in NdsRpfl 1953, 102.

2 cf. AG Nürnberg v. 30.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18; BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266, 280 f.

3 cf. Brüggemann, S. 169: "Durch solches Stadium (der widersprechendsten Lösungsversuche) muß ein Richterrecht oft hindurch" cf. auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 72 f.

heitlichen,teils völlig zerstrittenen Rechtsprechung; eine zerstrittene Rechtsprechung insbesondere in den Rechtsfragen, die die vielfältigsten Argumente und damit die breiteste Variation der Begründung eröffnen; überwiegend nicht oder torsoartig begründete Entscheidungen; geringe oder keine Kenntnisnahme von der oder den Gegenauffassungen; die Benutzung derselben Argumente zur Begründung gegenteiliger Entscheidungsfindung[1].

Die herkömmlichen Auslegungskriterien sind - wie dargestellt - austauschbar und können - ohne klaren logischen Mangel - zu verschiedenartiger Argumentation verwendet werden. Die durchgängige Uneinheitlichkeit der Entscheidungen in Teilbereichen der Rechtsprechung kann daher den Gerichten nicht angelastet werden. Die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung ist der Natur der Sache, d.h. der fehlenden Eindeutigkeit der Entscheidungsmittel zuzuschreiben. Hier hätte nur eine klare höchstrichterliche Rechtsprechung abhelfen könne, die z.T. gar nicht möglich war, in vielen Bereichen aber auch ausdrücklich vom BGH verweigert wurde.

Vorwerfen kann man den Gerichten daher nur ihren teilweise mangelhaften Informationsstand und daraus resultierend die unvollständige, dem Streitstand nur in den seltensten Fällen gerecht werdende Begründung der Entscheidung.

---

1 Die Feststellung Krophollers, S. 72 u. 79, die Rechtsprechung habe ihre Aufgabe mit den herkömmlichen methodischen Mitteln bewältigt, verschleiert die Unzulänglichkeit dieser Mittel. Darauf wird noch einzugehen sein.

C. Typen richterlicher Rechtsbildung

Die Aufgabe der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG war vielfältig. Teilweise konnten sich die Gerichte damit begnügen, bei Bejahung der Verfassungswidrigkeit einer Norm deren ersatzlosen Fortfall festzustellen. Überwiegend bedurfte es jedoch in diesem Fall der Auffindung neuen Rechts. Typen dieser und anderer richterlicher Rechtsbildung sind hier in Abrundung und Ergänzung der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG darzustellen.

Eine solche Typisierung ist unter rechtstheoretischen Aspekten nicht unproblematisch[1]. Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen divergierenden rechtstheoretischen Auffassungen[2] ist jedoch nicht Gegenstand dieser Darstellung. Vielmehr sind in Fortentwicklung der obigen Analyse der Entscheidungen zu den Art. 3 II, 117 GG weitere Felder richterlicher Rechtsgewinnung aufzuzeigen.

I. Gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung anhand höherrangigen Rechts

Das Bundesverfassungsgericht[3] hielt die Rechtsumbildung anhand höherrangigen Rechts - der Art. 3 II, 117 GG - für eine typische richterliche Aufgabe. Darauf ist hier einzugehen. Eventuelle Parallelfälle zur Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG sind hier darzustellen.

---

1 cf. Leenen, S. 19 ff.

2 cf. dazu unten S. 265 ff.

3 BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - in BVerfGE 3, 225, 237 ff.

1. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm und ihre eventuelle Verwerfung als verfassungswidrig

Die erste Stufe der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG bestand regelmäßig in der Beantwortung der Frage, ob eine Norm mit den Art. 3 II, 117 GG vereinbar war oder nicht. Dieser erste Schritt ist gemäß Art. 100 GG den Gerichten zugewiesen. Diese haben danach die Befugnis[1] und aufgrund ihrer Bindung an Gesetz und Recht gemäß den Art. 1 III, 20 III, 79 GG die Pflicht, diese Prüfung vorzunehmen.

Ausgangspunkt der richterlichen Normenkontrolle ist dabei der Gedanke einer Rangordnung der Normen. Die höherrangige Vorschrift bricht die niedrigere, wenn die letztere nicht mit der ersteren übereinstimmt ("lex superior derogat legi inferiori").

Der nächste Schritt ist bereits z.T. problematisch. Die Gerichte nahmen für sich die Befugnis in Anspruch, nunmehr die Verfassungsmäßigkeit der Norm zu bejahen oder zu verneinen. Der erstere Fall der Bejahung der Verfassungsmäßigkeit der Norm und ihrer Anwendung durch die Gerichte ist problemlos.

Der letztere Fall der Feststellung der Verfassungswidrigkeit ist in Art. 100 I GG geregelt. Die Verwerfungskompetenz ist danach beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert. Bei den zu den Art. 3 II, 117 GG in Frage stehenden Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches handelte es sich um "vorkonstitutionelles Recht". Streitig ist, ob sich die Monopolisierung der Verwerfungskompetenz beim Bundesverfassungsgericht nur auf nachkonstitutionelle Gesetzes bezieht[2].

---

1 Prüfungskompetenz für "vorkonstitutionelle Gesetze" cf. BVerfG, Urteil v. 24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - in BVerfGE 2, 124/128 ff.; BVerfG, Beschluß v. 9.11.1955 - 1 BvL 12/52, 1 BvL 21/52 - in BVerfGE 4, 331/339; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Rdnr. 12 ff.

2 cf. dazu unten S. 254 f.

Diese Streitfrage kann zunächst offenbleiben, weil an dieser Stelle nur der Weg der richterlichen Rechtsbildung nachzuzeichnen ist. Die Gerichte folgten durchweg der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[1] und gingen von einer eigenen Verwerfungskompetenz aus.

In den Rahmen der ersten Stufe der Prüfung und Bejahung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm gehört die gesamte Rechtsprechung zu § 1355 BGB. Hier sind ferner die Urteile und Beschlüsse einzuordnen, in denen die Fortgeltung des alten Güterrechts, des väterlichen Letztentscheidungsrechts, der Schlüsselgewalt im Sinne des § 1357 I BGB a.F., des Unterhaltsrechts gemäß § 1361 BGB a.F. oder der vorrangigen Unterhalts-Haftung des Vaters gegenüber den ehelichen Kindern vertreten wurde.

In den Zusammenhang der zweiten Stufe der Verwerfung und Nichtanwendung einer Norm als verfassungswidrig sind die vier Entscheidungen zu § 1300 BGB einzuordnen, in denen man diese Vorschrift ersatzlich als mit Art. 3 II, 117 GG unvereinbar entfallen ließ[2]. Hierher gehören aber auch alle übrigen Entscheidungen, in denen man die §§ 1354, 1355, 1357, 1360, 1361, 1363 ff., insbesondere 1387 und 1606 BGB für verfassungswidrig hielt, jedenfalls bis zu dem Punkt, in dem die Frage nach dem neuen Recht auftauchte.

2. Die Auffindung neuen Rechts durch die Gerichte

In weiten Bereichen der vorgezeichneten Rechtsprechung begnügten sich die Gerichte nicht mit den vorgenannten

---

1 Prüfungskompetenz für vorkonstitutionelle Gesetze cf. BVerfG, Urteil v. 24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - in BVerfGE 2, 124/128 ff.; BVerfG, Beschluß v. 9.11.1955 - 1 BvL 12/52, 1 BvL 21/52 - in BVerfGE 4, 331/339; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Rdnr. 12 ff.

2 cf. LG Dortmund v. 19.6.1953 in Anm. zu OLG Braunschweig in NJW 1953, 1223; AG Nürnberg v. 20.3.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Hamburg v. 24.5.1954 in FamRZ 1955, 102; LG Kiel v. 14.10.1954 in SchlHA 1955, 18.

zwei Stufen der positiven Feststellung der Verfassungsmäßigkeit oder der negativen Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm. Vielmehr tauchte durchweg nach der Verwerfung einer Vorschrift als verfassungswidrig die weitere Frage auf, welche neue Regelung an die Stelle der bisherigen treten sollte.

Anders war es nur bei § 1300 BGB, wo man sich nach Bejahung der Verfassungswidrigkeit der Norm mit ihrer Verwerfung begnügen konnte,ohne daß es der Suche nach einer neuen Regelung bedurft hätte.

Dagegen stellte sich ansonsten die Frage

zu § 1354 BGB, wem bei Ablehnung des väterlichen Entscheidungsrechts die Entscheidung zufallen sollte,

zu § 1355 BGB, welchen Namen die Ehegatten bzw. die Familie tragen sollten,

zu § 1357 I BGB, ob die Schlüsselgewalt nun beiden Ehegatten zufallen sollte mit welchen Rechtswirkungen,

zu § 1360 BGB, ob die Ehegatten einander ohne jeden Bedürftigkeitsnachweis oder nur bei Bedürftigkeit Unterhalt schuldeten,

zu § 1361 BGB, ob bei Trennung der Gatten die gegenseitige Unterhaltspflicht die Regel oder die Ausnahme sein sollte,

zu den §§ 1363 ff. BGB, welcher gesetzliche Güterstand gelten sollte,

insbesondere zu § 1387 BGB, unter welchen Voraussetzungen die Ehegatten einander einen Prozeßkostenvorschuß schulden sollten,

zu § 1606, wie die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern auszugestalten war.

Dieser Rechtsprechung war gemeinsam, daß die Gerichte neue, bisher im positiven Recht nicht enthaltene Regelungen trafen. Dennoch kann innerhalb dieser Rechtsprechung differenziert werden: Teilweise begnügten sich die Gerichte damit, schon bestehende Normen über ihren bisherigen Geltungsbereich hinaus auszudehnen. Im übrigen wurden neue,

bisher auch noch nicht in Teilbereichen geltende Regelungen befürwortet.

In die erste Gruppe der bloßen Ausdehnung vorhandener Vorschriften gehört die Rechtsprechung

zu § 1357 I BGB, soweit die Gerichte die Norm auf beide Ehegatten ausdehnten,

zu § 1360 BGB, wo die Gerichte entweder den Abs. I oder Abs. II für beide Ehegatten verallgemeinerten

und zu den §§ 1363 ff. BGB, soweit die Rechtsprechung an die Stelle des alten Güterstandes die Errungenschaftsgemeinschaft oder die Gütertrennung im Sinne der §§ 1426 ff. BGB a.F. treten ließ.

Im übrigen begnügten sich die Gerichte jedoch nicht mit der Erweiterung vorgegebener Regelungen:

Zu § 1354 BGB wurde das väterliche Entscheidungsrecht durch eine gemeinsame Entscheidung der Ehegatten ersetzt.

Zu § 1355 BGB wurde vertreten, beide Gatten behielten ihren Namen.

Zu § 1357 I BGB befürwortete man über die bloße Ausdehnung der Vorschrift auf beide Ehegatten hinaus eine bis dahin nicht normierte gesamtschuldnerische Haftung beider Gatten.

Zu § 1361 II BGB erhob man die Ausnahme des Selbsterwerbs der Ehefrau im Falle des Getrenntlebens zur Regel, verbunden mit einer Beweislastumkehr zu Lasten der Ehefrau, die nunmehr darzulegen hatte, warum sie ausnahmsweise nach der Trennung doch noch Unterhaltsansprüche gegen den Ehemann hatte.

Zu den §§ 1363 ff. BGB vertrat man, es gelte keiner der Güterstände im hergebrachten Sinne, auch nicht "Gütertrennung" gemäß den §§ 1426 ff. BGB a.F. Man nahm allgemein einen Rechtszustand an, der immer bei völliger Beziehungslosigkeit zweier Gütermassen eintritt.

Zu § 1387 BGB beschränkte man die Prozeßkostenvorschußpflicht auf "wichtige" oder auf "lebenswichtige" oder auf "ehefreundliche" Klageanträge, bzw. gewährte den Prozeßkostenvorschuß nur dann, wenn die Ehefrau [illegible]

nicht in der Lage war.

Zu § 1606 BGB trat man für eine gesamtschuldnerische Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern ein.

3. Sonstige Rechtsumbildungen aus höherrangigem Recht

Die dargestellte Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG hat Parallelen. Es gibt zahlreiche andere gerichtliche Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung unter dem Eindruck höherrangigen Rechts "einfache" formelle Gesetze umgebildet hat.

a) Die Rechtsprechung zum "allgemeinen Persönlichkeitsrecht"

Die Gerichte haben entgegen der einfachen Gesetzesnorm des § 253 BGB einen Ersatz immateriellen Schadens in Geld bei Verletzung des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" zugesprochen[1]. Der BGH ist allerdings nicht den Weg gegangen, den § 253 als verfassungswidrig zu verwerfen. Vielmehr wandte der BGH zunächst den § 847 BGB analog an[2], ohne darauf einzugehen, daß § 253 BGB einer solchen Lösung entgegenstand.

Erst später setzte sich der BGH mit § 253 BGB auseinander und begründete seine Judikatur mit den Art. 1 und 2 I GG[3]. Methodisch kann man hier - soweit § 253 BGB nicht zur Anwendung kommt - von verfassungskonformer, restriktiver Auslegung des § 253 BGB sprechen. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 253 BGB unterblieb jedenfalls auch weiterhin.

Dennoch wandte der BGH den § 253 BGB im Bereich des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" mit Rücksicht auf die Art. 1,

---

1 Seit BGH, Urteil v. 14.2.1958 - I ZR 151/56 - in BGHZ 26, 349.

2 BGH, Urteil v. 14.2.1958 - I ZR 151/56 - in BGHZ 26, 349/355 ff.

3 BGH Urteil v. 19.9.1961 - VI ZR 259/60 - in BGHZ 35, 363/366 ff.; Urteil v. 5.3.1963 - VI ZR 55/62 - in BGHZ 39, 124/131 ff.; Urteil v. 20.3.1968 - I ZR 44/66 - in BGHZ 50, 133/143; Urteil v. 26.1.1971 - VI ZR 95/70 - in NJW 1971, 698/699.

2 I GG nicht an[1]. Gedanklich mußte dieser Nichtanwendung des § 253 BGB die positive, richterliche Rechtsbildung in Form der Anerkennung des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" als im Wege der Naturalrestitution - und dann auch in Geld - ersatzfähigem Rechtsgut vorausgehen. Erst nach Bejahung dieses Rechts machte die restriktive Auslegung des § 253 BGB den Weg für einen Schadensersatz speziell auch in Geld frei.

Die richterliche Rechtsbildung erschöpfte sich daher nicht nur in einer verfassungskonformen, restriktiven Auslegung des § 253 BGB. Vielmehr handelt es sich bei der Anerkennung des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" als im Wege der Naturalrestitution und dann auch in Geld ersatzfähigem Rechtsgut um positive, gesetzesverdrängende Rechtsbildung auf der Ebene des einfachen Gesetzes, insgesamt abgeleitet aus höherrangigem Recht, hier den Art. 1,2 I GG. Im Ergebnis bietet diese Judikatur daher eine Parallele zur Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG. Das gilt sowohl hinsichtlich der Nichtanwendung eines "einfachen" Gesetzes als verfassungswidrig wie auch hinsichtlich der Auffindung neuen Rechts durch die Rechtsprechung.

Im Rahmen der Judikatur zum "allgemeinen Persönlichkeitsrecht" entwickelte der BGH dann genauere Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz des immateriellen Schadens - u.a. die Subsidiarität des Anspruchs[2], die Bedeutung der Schwere der Verletzung und des Ausmaßes des Verschuldens[3] und die Beschränkung des Ersatzes eines immateriellen Schadens auf schwerwiegende Übergriffe[4], soweit sie durch die Presse erfolgen usw.

Wie bei den Art. 3 II, 117 GG so hatte auch hier das Bundesverfassungsgericht keine Bedenken gegen diese gesetzesverdrängende Rechtsbildung aufgrund höherrangigen Rechts.

---

1 cf. Wiese, S. 37 ff.; kritisch z.B. Larenz, Rechtsfortbildung, S. 8.

2 BGH, Urteil v. 19.9.1961 - VI ZR 259/60 - in BGHZ 35, 363/368 f.

3 BGH, Urteil v. 19.9.1961 - VI ZR 259/60 - in BGHZ 35, 363/369.

4 BGH, Urteil v. 5.3.1963 - VI ZR 55/62 - in BGHZ 39, 124/133

Art. 20 III GG sei nicht verletzt, da die Norm kein Kleben am Wortlaut verlange ("Gesetz u n d R e c h t "). Im übrigen sei der Richter bei der Anwendung eines Gesetzes um so freier, je älter das Gesetz sei und je mehr Veränderungen in den gesellschaftlichen Verhältnissen und in den Überzeugungen der Bevölkerung erfolgt seien[1].

b) Die Rechtsprechung zu § 50 II ZPO

Der BGH hat den Gewerkschaften die aktive Parteifähigkeit zugebilligt[2]. Damit wurde § 50 II ZPO teilweise umgebildet. Dem Wortlaut des § 50 II ZPO nach besaßen die Gewerkschaften als nicht rechtsfähiger Verein nur die passive Parteifähigkeit. Dies ergibt im übrigen auch ein Vergleich von § 50 I und Abs. II ZPO. § 50 II ZPO erweitert die Parteifähigkeit über Abs. I hinaus, billigt dem nicht rechtsfähigen Verein aber nur die passive Parteifähigkeit zu.

Der BGH hat diese Regelung als in ihren gesetzgeberischen Gründen überholt umgebildet. Der gedankliche Ansatz, § 50 II ZPO sei - jedenfalls hinsichtlich der Gewerkschaften - in seinen gesetzgeberischen Gründen veraltet, findet sich auch in der vorgenannten Rechtsprechung zum "allgemeinen Persönlichkeitsrecht"[3]. Anders als in seinen Entscheidungen zum "allgemeinen Persönlichkeitsrecht" und auch anders als in der Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG suchte der BGH in seinem Urteil vom 11.7.1968 zur aktiven Parteifähigkeit der Gewerkschaften die Legitimation zur gesetzesverdrängenden Rechtsbildung nicht oder jedenfalls nicht nur in höherangigem Recht[4]. Vielmehr zog der BGH die gesamte auf die Gewerkschaften bezogene Gesetzgebung heran und leitete daraus eine materielle Derogation des § 50 II ZPO durch

---

1 BVerfG, Beschluß v. 14.2.1973 - 1 BvL 112/65 - in NJW 1973, 1221/1225.

2 BGH, Urteil v. 11.7.1968 - VII ZR 63/66 - in BGHZ 50, 325/327 ff.

3 cf. BGH, Urteil v. 5.3.1963 - VI ZR 55/62 - in BGHZ 39, 124/130 ff.

4 BGH, Urteil v. 11.7.1968 - VII ZR 63/66 - in BGHZ 50, 325/

den Gesetzgeber ab[1].

Dabei wurde zwar u.a. auch auf Art. 9 III GG Bezug genommen[2]. Eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 50 II ZPO anhand des Art. 9 III GG unterblieb jedoch. Dennoch wird man auch diese Entscheidung als Parallele zur Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG einordnen können, da der BGH bei der teilweisen Umbildung des § 50 II ZPO zumindest auch an Art. 9 III GG und damit an höherrangiges Recht anknüpfte.

Diese Judikatur hat im übrigen Tradition. Rechtsprechung und Lehre verweigerten schon früher dem § 54 BGB, der den nicht rechtsfähigen Verein dem Gesellschaftsrecht unterstellt, den Gehorsam. Diese Regelung paßte nicht zur körperschaftlichen Verfassung des Vereins und sollte die Entfaltungsmöglichkeit nicht rechtsfähiger Vereine behindern[3] und sie in die Form des rechtsfähigen Vereins zwingen. Der nichtwirtschaftliche rechtsfähige Verein mußte sich aber zur Erlangung der Rechtsfähigkeit in das Vereinsregister eintragen lassen. Damit unterstand der Verein staatlicher Kontrolle gemäß den §§ 61 II, 42 III BGB a.F., wonach die Verwaltungsbehörde der Eintragung von politischen Vereinen widersprechen bzw. ihnen die Rechtsfähigkeit entziehen konnte. Diese Vorschriften wurden erst durch den Art. 124 II WRV beseitigt. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch die Gewerkschaften war daher Anfang des 20. Jahrhunderts kaum möglich.

Die Gerichte schränkten daraufhin die Verweisung des § 54 BGB auf das Gesellschaftsrecht immer weiter ein und stellten damit den nicht rechtsfähigen Verein dem rechtsfähigen Verein immer mehr gleich - u.a. durch analoge Anwendung des § 31 BGB, durch Ausschluß der gesellschaftsrecht-

---

1 BGH, Urteil v. 11.7.1968 - VII ZR 63/66 - in BGHZ 50, 325/334.

2 cf. BGH, Urteil c. 11.7.1968 - VII ZR 63/66 - in BGHZ 50, 325/331.

3 cf. Mugdan, Materialien zum BGB I, S. 401, 637, 640.

lichen gesamtschuldnerischen Haftung und durch Beschränkung der Haftung auf das Vereinsvermögen usw.[1].

Das Urteil des BGH vom 11.7.1968 zu § 50 II ZPO ist daher im Grunde nur eine konsequente Fortsetzung der Verweigerung des Gehorsams gegenüber der gesetzgeberischen Regelung zum nicht rechtsfähigen Verein[2]. Diese Rechtsprechung hat teilweise seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes eine andere Qualität bekommen, soweit sie sich - etwa bzgl. der Gewerkschaften - zur Rechtsumbildung nunmehr auch auf höherrangiges Recht in Gestalt des Art. 9 III GG berufen kann.

Im übrigen fehlt der Judikatur zum nicht rechtsfähigen Verein auch heute eine Legitimation zur Rechtsumbildung des § 54 BGB jedenfalls aus höherrangigem Recht. Dies gilt erst recht für die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts. Der Gedanke, daß Verfassungsrecht einfaches Gesetzesrecht derogieren könnte, war der Weimarer Reichsverfassung fremd.

II. Gesetzesvertretende richterliche Rechtsbildung ohne konkreten Ausgangspunkt in höherrangigem Recht

Weite Bereiche unserer Rechtsordnung sind vom Gesetzgeber nicht geregelt. Anders als bei der durch die Art. 3 II, 117 GG initiierten richterlichen Rechtsbildung hat das nachfolgend zu skizzierende Richterecht seinen konkreten Ausgangspunkt nicht in der Kollision bereits vorhandenen positiven Rechts mit höherrangigem Recht. Die Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG mußte - jedenfalls nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts - anhand justitiabler Normen judizieren und hatte es insoweit immer noch mit - wenn auch

---

1 cf. BGH, Urteil v. 11.7.1968 - VII ZR 63/66 - in BGHZ 50, 325/329.

2 cf. dazu auch Kübler, Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung.

höherrangigem - positivem Recht zu tun.

Die im folgenden darzulegende Judikatur hatte dagegen weitgehend Recht ohne einen konkreten positiven Ansatz zu finden. Daß sich auch hier die Gerichte - insbesondere im Verwaltungsrecht - am Verfassungsrecht orientieren, vermag nicht die dargestellten Unterschiede zu verwischen. Die Ausrichtung an der Verfassung folgt schon aus der Gesetzesbindung der Rechtsprechung, die sich selbstverständlich davor hüten muß, verfassungswidriges Recht zu entwickeln.

Hier sollen die Gebiete des Verwaltungsrecht, des Arbeitsrechts, des Strafprozeßrechts, des Strafzumessungsrechts und des Steuerrechts beispielhaft herangezogen werden.

1. Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Verwaltungsrecht

Die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts beruhen in weiten Bereichen nicht auf positivem Recht, sondern sind von der Rechtsprechung zusammen mit der Literatur entwickelt worden. Zwar ist es richtig, daß die Institute und Gedanken des allgemeinen Verwaltungsrechts in zahlreichen Einzelgesetzen kodifiziert sind[1]. Dennoch handelt es sich bei den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts weitgehend um gesetzesvertretendes Richterrecht.

Insoweit kann hier dahingestellt bleiben, ob die von Hardt[2] vertretene Negativ-Definition des "Richterrechts" zutreffend ist,wonach es sich schon dann nicht mehr um

---

1 cf. z.B. zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte die §§ 143 I Nr. 2 Landesverwaltungsordnung für Thüringen v. 10.6.1926, 42 I a preuß. Polizeiverwaltungsgesetz v. 1.6. 1931, 53 II GewO, 96 I RAO, 7 I Bundesentschädigungsgesetz v. 29.6.1956.

2 Hardt, S. 692 f.

"Richterrecht" handelt, wenn der Rechtsprechung irgendwelche verstreute gesetzliche Regelungen zur Verfügung stehen. Die Entwicklung und Verallgemeinerung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als "Allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts" ist von der Rechtsprechung nur z.T. im Wege rechtsähnlicher Anwendung von Einzelgesetzen erfolgt.

In weiten Bereichen haben die Gerichte diese Grundsätze ausschließlich unter Berufung auf ihre eigene Rechtsprechung bzw. die Literatur entwickelt[1]. Von einer bloßen "Lücken"-schließung[2] im Wege der Auslegung kann angesichts der durchweg fehlenden Kodifizierung der allgemeinen Regelungen des Verwaltungsrechts nicht die Rede sein. Dabei kann an dieser Stelle offenbleiben, ob nicht im übrigen auch schon die - hier nicht in Frage stehende - Lückenausfüllung im Wege rechtsähnlicher Anwendung "Richterrecht" darstellt[3].

Hier ist stellvertretend einmal die Rechtsprechung zur Verbindlichkeit von Zusagen der Verwaltungsbehörde zu nennen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu folgende Grundsätze entwickelt:

Die Zusage muß verbindlich gewollt sein. Dabei ist vom objektiven Erklärungswert des Verwaltungshandelns auszugehen[4]. Die Erklärung selbst muß vom zuständigen Amtswalter abgegeben werden[5], bedarf aber grundsätzlich keiner Form[6]. Ist die Zusage fehlerhaft, weil eine rechtswidrige Maßnahme zugesagt wurde, können es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur außergewöhnliche Umstände rechtfertigen, das Vertrauen in die Erfüllung einer rechts-

---

1 cf. die nachfolgenden Rechtsprechungszitate des BVerwG.

2 So aber Hardt, S. 692 f.

3 cf. unten S. 226 f. u. 260.

4 cf. BVerwG, Urteil v. 27.3.1963 - V C 133.62 in DVBl 1963, 812/813.

5 cf. BVerwG, Urteil v. 19.1.1967 - VI C 73.64 - in BVerwGE 26, 31/36.

6 cf. BVerwG, Urteil v. 19.1.1967 - VI C 73.64 in BVerwGE 26, 35 f.

widrigen Zusage zu schützen[1]. Dabei steht die Zusage unter dem Vorbehalt der Veränderung wesentlicher Umstände[2]. Im übrigen soll die Zusage frei widerruflich sein, solange der Begünstigte sie nicht zur Grundlage seiner Dispositionen gemacht hat[3].

Als weiterer von den Gerichten in gesetzesvertretender Rechtsprechung entwickelter Bereich soll hier die Judikatur zur Abgrenzung von fehlerhaften aber wirksamen Verwaltungsakten gegenüber den fehlerhaften aber ausnahmsweise nichtigen Verwaltungsakten herangezogen werden. Die Gerichte grenzen hier nach der sogenannten "Evidenztheorie" ab. Man stellt auf die Schwere und die daraus resultierende Offenkundigkeit des Fehlers ab. Ein Verwaltungsakt ist demnach nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller Umstände offenkundig ist[4]. Dabei wird als Beurteilungshorizont ein "urteilsfähiger Bürger" gedacht.

In der Praxis bedeutsam sind ferner die von den Gerichten ohne gesetzliche Regelung entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Widerruf und zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte. Wichtiger Teilbereich ist insoweit die Rücknahme begünstigender rechtswidriger Verwaltungsakte. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt grundsätzlich zurückgenommen werden. Die Rücknahme ist aber ausgeschlossen, soweit der Begünstigte auf den Bestand der Maßnahme vertraut hat und dieses Vertrauen gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme der rechtswidrigen

---

1 cf. BVerwG, Urteil v. 24.6.1966 - VI C 72.63 - in DVBl 1966, 857/859.

2 cf. BVerwG, Urteil v. 24.6.1966 - VI C 72.63 - in DVBl 1966, 857/859.

3 cf. BVerwG, Urteil v. 27.3.1963 - V C 133,62 - in DVBl 1963, 812/813.

4 cf. BVerwG, Urteil v. 7.10.1964 - VI C 59 und 64.63 - in BVerwGE 19, 284/287.

Maßnahme schutzwürdig ist[1]. Bei dieser Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Vor allem folgende Kriterien spielen nach der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts eine Rolle: Durch wen wurde der Fehler bei Erlaß des Verwaltungsakts verschuldet[2]? Hat der Adressat des Verwaltungsakts die Fehlerhaftigkeit durch unlautere Mittel - Bestechung, Drohung, Täuschung, Zwang - verursacht[3]? Wessen Verantwortungsbereich ist der Fehler zuzurechnen[4]? Hat der Adressat des Verwaltungsakts im Vertrauen auf dessen Fortbestand Vermögensdispositionen getroffen, etwas ins Werk gesetzt[5]? Das Vertrauen des Begünstigten ist nicht schutzwürdig, wenn er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder grob fahrlässig nicht kannte[6].

Die Gerichte haben zusammen mit der Literatur weitere Differenzierungen entwickelt, soweit der Verwaltungsakt Dauerwirkung hat. Es wird zwischen einer Rücknahme für die Vergangenheit und für die Zukunft unterschieden. Für die Vergangenheit wird der Vertrauensschutz besonders hoch veranschlagt. Eine Rücknahme für die Vergangenheit soll nur erfolgen dürfen, wenn den Begünstigten an der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts ein erhebliches Verschulden trifft, vor allem wenn die Maßnahme erschlichen wurde[7].

---

1 cf. BVerwG, Urteil v. 24.8.1964 - VI C 27.62 - in BverwGE 19, 188/189 ff.; BVerwG, Urteil v. 29.9.1960 - II C 145.58 - in BVerwGE 11, 136/137 f.; BVerwG, Urteil v. 24.4.1959 - VI C 91.57 - in BVerwGE 8, 261/268 ff.; BVerwG, Urteil v. 25.10.1957 - III C 370.56 - in BVerwGE 5, 312/313.

2 BVerwG, Urteil v. 28.6.1957 - IV C 235.56 - in BVerwGE 6, 1/7.

3 cf. auch § 37 II Nr. 1 u. 2 EVwVerfG.

4 cf. BVerwG, Urteil v. 7.7.1966 - III C 219.64 - in BVerwGE 24, 294/296; BVerwG, Urteil v. 24.4.1959 - VI C 91.57 - in BVerwGE 8, 261/271.

5 cf. BVerwG, Urteil v. 7.7.1956 - III C 219.64 - in BVerwGE 24, 294/296.

6 cf. BVerwG, Urteil v.12.5.1960 - III C 97.59 - in BVerwGE 10, 308/309.

7 cf. BVerwG, Urteil v. 24.8.1964 - VI C 27.62 - in BVerwGE 19, 188/189 ff.

Dagegen gelten bei der Rücknahme für die Zukunft die oben dargestellten allgemeinen Grundsätze. Die Rechtsprechung unterscheidet hier allerdings noch weitergehend, soweit es sich um einen Verwaltungsakt handelt, der den dauernden Empfang von öffentlichen Mitteln betrifft. Hier räumt die Rechtsprechung in der Regel dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme der Maßnahme den Vorrang ein. Ausnahmsweise darf auch für die Zukunft keine Rücknahme erfolgen, wenn durch die Begünstigung eine einschneidende und andauernde Veränderung der Lebensführung des Betroffenen verursacht worden ist[1].

Die vorgenannten Grundsätze sind von der Rechtsprechung und Literatur ohne Anlehnung an positives Recht und demnach in gesetzesvertretender Rechtsbildung entwickelt worden. Methodisch nahmen die Gerichte in ihren Entscheidungen immer wieder nur Bezug auf ihre eigene frühere Judikatur, in die man sodann den aktuellen Fall einordnete. Dennoch weist auch diese gesetzesvertretende Rechtsbildung eine Parallele zur gesetzesverdrängenden Rechtsprechung anhand der Art. 3 II, 117 GG auf: Auch bei der gesetzesvertretenden Rechtsprechung geht man von verfassungsrechtlichen Grundsätzen aus, insbesondere von Art. 20 III GG, wonach die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist.

Dennoch ist diese Formel von der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung - ebenso wie Art. 3 II GG - viel zu unbestimmt, um zwingend in die vorbezeichneten Grundsätze zu münden. Dies belegt schon der Ausgangspunkt ihrer Entwicklung. Es wurde vertreten, aus dem Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung folge, daß alle rechtswidrigen Verwaltungsakte zurückzunehmen seien. Die Haftung aus Art. 34 GG , § 839 BGB setze der Verantwortlichkeit der Verwaltung und den Rechten des Einzelnen eine klare Grenze[2].

---

1 cf. BVerwG, Urteil v. 20.5.1959 - VI C 188.56 - in BVerwGE 8, 296/304 f.; BVerwG, Urteil v. 28.10.1959 - VI C 88.57 - in BVerwGE 9, 251/254.

2 cf. Forsthoff, 9. Aufl., § 13, 2 b.

Diesem rigorosen Standpunkt stellte man den ebenfalls dem Rechtsstaatprinzip und damit Art. 20 III GG zuzuordnenden verfassungsrechtlichen Aspekt der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes entgegen. Daraus entwickelten sich die obigen differenzierten Grundsätze.

Während sich die vorgenannten, in gesetzesvertretender Rechtsbildung entwickelten Regeln noch abstrakt wie positive Rechtssätze formulieren lassen, hat sich in einem weiteren Sachbereich des Verwaltungsrechts ein regelrechtes richterliches "case law" gebildet. Gemeint ist hier der Regelungsbereich der Enteignung[1] und speziell des "enteignungsgleichen Eingriffs".

Anspruchsvoraussetzungen für eine Entschädigung aus "enteignungsgleichem Eingriff" sind eine Beeinträchtigung von "Eigentum" im Sinne des Art. 14 GG, ein Sonderopfer und die Finalität oder Unmittelbarkeit der hoheitlichen Maßnahme.

Hier ist auf das letzte Kriterium einzugehen. Der BGH verlangt nicht mehr als Eingriffsvoraussetzung ein zweck- und zielgerichtetes Handeln[2]. Zur negativen Auslese von Fern- und Folgeschäden verwendet der BGH vielmehr das Kriterium der "Unmittelbarkeit". Der Begriff der unmittelbaren Auswirkung hoheitlichen Handelns ist jedoch zu unscharf, um zur konkreten Rechtsanwendung brauchbar zu sein. Diese Voraussetzung ist daher auch nur Aufhänger eines richterlichen Fallrechts, in das jeder neue Fall einzuordnen ist.

So hat der BGH die "Unmittelbarkeit" einer Eigentumsbeeinträchtigung bejaht im Falle

der Beschädigung eines Hauses durch Kanalisationsarbeiten[3],

---

1 cf. zur Bedeutung der Rechtsprechung im Rahmen der Entwicklung der aktuellen Eigentumsverfassung, Forsthoff, 10. Aufl., § 18; Sendler, S. 19 ff.

2 Anders noch BGH, Urteil v. 18.9.1959 - III ZR 68/58 - in BGHZ 31, 1/2; BGH, Urteil v. 4.2.1957 - III ZR 181/55 - in BGHZ 23, 235/240; BGH, Urteil v. 22.12.1953 - V ZR 6/51 - in BGHZ 12, 52/57; dazu auch Wolff, VR I, 8. Aufl., § 60 I 4.

3 BGH, Urteil v. 6.11.1964 - VI ZR 24/63 - in DVBl 1965, 83/84.

des Inbrandsetzens von Holz auf einem Truppenübungsplatz durch Übungsschießen[1],

der Beschädigung eines Gasthauses durch einen von der Fahrbahn abgekommenen Schützenpanzer[2],

dagegen verneint im Falle

des Versagen einer Verkehrsampel und eines daraus resultierenden Verkehrsunfalls[3],

des Rohrbruchs einer städtischen Wasserversorgungsleitung und einer dadurch verursachten Beschädigung eines Hausfundamentes[4].

Wie in der Judikatur zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts geht der BGH methodisch von der eigenen Rechtsprechung und den darin entwickelten Grundsätzen aus, um sodann den zu entscheidenden Fall in diese Judikatur einzupassen.

Das wird besonders deutlich bei der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch Aufgabe des Erfordernisses einer "gewollten, zielgerichteten" Beeinträchtigung und die Ersetzung dieser Voraussetzung durch die "Unmittelbarkeit" der Auswirkungen einer hoheitlichen Maßnahme. Der BGH gab offen zu, daß diese Rechtsprechungs-Änderung schlicht und ausschließlich auf einer Meinungsänderung der Richter beruhe[5]. Von einer Subsumtion unter positives Recht oder

---

1 BGH, Urteil v. 15.3.1962 - III ZR 211/60 - in BGHZ 37, 44/46 f.

2 BGH, Urteil v. 14.10.1963 - III ZR 188/62 - in NJW 1964, 104.

3 BGH, Urteil v. 15.10.1970 - III ZR 169/67 - in NJW 1971, 32/33.

4 BGH, Urteil v. 25.1.1971 - III ZR 208/68 - in NJW 1971, 607/608.

5 BGH, Urteil v. 6.11.1964 - VI ZR 24/63 - in DVBl 1965, 83/84.

auch nur von rechtsähnlicher Anwendung positiven Rechts konnte keine Rede sein. Es handelte sich daher um offene gesetzesvertretende Rechtsbildung. Der BGH gab die Subsumtion unter seine bisherige Rechtsprechung auf und schuf neue Voraussetzungen, die nunmehr die Entscheidungsfindung beherrschen.

2. Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Arbeitsrecht

Das Arbeitsrecht ist - noch nicht - einheitlich in einem Gesetzbuch kodifiziert. Es existieren zahlreiche Einzelgesetze. Breite Sachbereiche sind noch gar nicht durch Gesetz geregelt. Das Recht ist durch Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden. Hier sollen das Arbeitskampfrecht und die Grundsätze zur "schadensgeneigten Arbeit" herausgegriffen werden.

Rechtsprechung und Literatur haben die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes entwickelt. Danach muß der Arbeitskampf auf Ziele gerichtet sein, die Gegenstand der Regelung in einem Tarifvertrag sein können. Es darf nicht gegen die Friedenspflicht[1] und nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstoßen werden[2]. Der Arbeitskampf muß "ultima ratio" sein[3].

Folge des Arbeitskampfes ist, daß die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen, d.h. das Arbeitsverhältnis ist suspendiert[4].

Der Streik als Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer ist nach der Rechtsprechung nur rechtmäßig, wenn er von einer Ge-

---

1 cf. BAG, Urteil v. 31.10.1958 - 1 AZR 632/57 - in BAGE 6, 321/343 ff.

2 cf. BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1668/1669.

3 cf. BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1668/1669.

4 cf. BAG, Beschluß v. 28.1.1955 - GS 1/54, 1 AZR 165/54 - in BAGE 1, 291/312 ff.

werkschaft geführt wird[1]. Aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit wird den Arbeitgebern als Kampfmittel die Aussperrung zugestanden[2]. Die Arbeitgeber dürfen jeden Arbeitnehmer, auch den arbeitswilligen, aussperren[3].

Die Rechtsfolge der Aussperrung wird von der Rechtsprechung differenziert beurteilt. Früher maß man der Aussperrung grundsätzlich eine das Arbeitsverhältnis lösende Wirkung zu[4]. Dieser Grundsatz wurde später dahingehend modifiziert, daß gegenüber Personen mit besonderem Kündigungsschutz eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Aussperrung ausgeschlossen sein sollte[5]. Im übrigen sollte generell der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelten. Eine das Arbeitsverhältnis lösende Aussperrung kommt daher dann in Betracht, wenn der Streik längere Zeit andauert, Arbeitsplätze eingespart werden sollen oder wenn es sich um rechtswidrige Streiks handelt[6]. Aber auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeber in der Frage der Wiedereinstellung der mit lösender Wirkung ausgesperrten Arbeitnehmer nicht völlig ungebunden. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Arbeitsplätze weder weggefallen noch anderweitig besetzt sind. Dann müssen die Arbeitnehmer nach billigem Ermessen des Arbeitgebers wieder eingestellt werden. Bei rechtmäßigem Streik ist der Arbeitgeber hier stärker gebunden, bei rechtwidrigem Streik dagegen in seiner

---

1 cf. BAG, Urteil v. 20.12.1963 - 1 AZR 428/62 - in BAGE 15, 174/187 ff.

2 cf. BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1668/1669.

3 cf. BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1670.

4 cf. BAG, Beschluß v. 28.1.1955 - GS 1/54, 1 AZR 165/54 - in BAGE 1, 291/310 f.

5 cf. BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1668/1671.

6 cf. BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1671.

Entscheidung freier[1].

Diese Grundsätze des Arbeitskampfrechts sind von der Rechtsprechung und Literatur ohne Anlehnung an vorhandene positive Regelungen entwickelt worden. Zwar wurde mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein bereits im öffentlichen Recht vorhandener, allgemein anerkannter und verfassungsrechtlich gesicherter Gesichtpunkt verwendet. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß auch dieser Aspekt nicht unmittelbar als rechtlich vorgegebener Grundsatz anzuwenden war. Es handelt sich ja nicht um Rechtsbeziehungen zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einem Privatrechtssubjekt.

Vielmehr wird der Arbeitskampf zwischen zwei autonomen Sozialpartnern ohne staatliche Mitwirkung ausgetragen. Demnach war bei dieser Rechtsprechung - anders als bei den Art. 3 II, 117 GG - nicht zwingend ein verfassungsrechtlicher Grundsatz vorgegeben. Der Freiraum für die richterliche Rechtsbildung war und ist hier demnach noch breiter und ungebundener als bei der Rechtsprechung zu Art. 3 II, 117 GG. Dies spiegelt sich auch im methodischen Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts wider. In den vorstehenden Entscheidungen referiert das Gericht regelmäßig und ausschließlich die in eigener Rechtsprechung und in Zusammenwirken mit dem Schrifttum entwickelten Grundsätze. Der vorliegende Lebenssachverhalt wird unter diese Leitsätze subsumiert wie unter eine gesetzliche Vorschrift. Die Geltungskraft dieser Grundsätze wird stillschweigend unterstellt und aus ihrer bisherigen Praktizierung durch die Rechtsprechung abgeleitet. Um Gewohnheitsrecht kann es sich dabei nicht handeln, da diese Entscheidungsgrundlagen z.T. - wie etwa die

---

1 cf. BAG, Urteil v. 26.10.1971 - 1 AZR 113/68 - in NJW 1972, 599; BAG, Beschluß v. 21.4.1971 - GS 1/68 - in NJW 1971, 1668/1672.

Zulässigkeit und Wirkung der Aggressivaussperrung durch die Arbeitgeber - äußerst umstritten sind. Es kann sich daher nur um Richterrecht handeln.

Ebensowenig gibt es einen konkreten, positivrechtlichen Ansatz für die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur "schadensgeneigten Arbeit". Eine gefahrengeneigte Arbeit liegt laut Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor, wenn eine besonders große Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, daß Fehler unterlaufen und damit vom Arbeitnehmer Schäden verursacht werden, die in keinem Verhältnis zu seinem Arbeitseinkommen stehen[1]. Ferner muß ein Arbeitsverhältnis bestehen[2], in dessen Rahmen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber oder einem Dritten einen Schaden zufügt[3].

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat zur Folge, daß der Arbeitnehmer Schäden bei leichter Fahrlässigkeit gar nicht, bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit grundsätzlich immer und im Zwischenbereich unter quotenmäßiger Verteilung zu tragen hat[4].

Gerade das zuletzt zitierte Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19.3.1959 läßt erkennen, daß die hier anstehende Sachfrage der Arbeitnehmerhaftung zwar einerseits ihren Ausgangspunkt im positiven Recht, bei § 276 BGB, nimmt. Das letztlich hier zu entscheidende Problem einer differenzierten Haftung vermag diese Vorschrift aber nicht zu lösen.

---

1 BAG, Urteil v. 3.2.1970 - 1 AZR 188/69 - in NJW 1970, 1206/1207; BAG, Urteil v. 30.8.1966 - AZR 456/65 - in NJW 1967, 269/270; BAG, Beschluß v. 8.12.1958 - 2 AZR 524/57 - in NJW 1959, 1003.

2 cf. BAG, Urteil v. 7.7.1970 - 1 AZR 507/69 - in AP, § 611 BGB, Haftung des Arbeitnehmers, Nr. 59.

3 cf. BAG, Urteil v. 30.8.1966 - 1 AZR 456/65 - in NJW 1967, 269/270.

4 cf. BAG, Urteil v. 19.3.1959 - 2 AZR 402/55 - in NJW 1959, 1796/1797.

Dementsprechend sind in der Rechtsprechung alle denkbaren Lösungen vertreten worden - der Ersatz des Schadens allein durch den Arbeitgeber bei leicht fahrlässigem oder schlechthin fahrlässigem Verhalten des Arbeitnehmers, eine teilweise Übernahme des Schadens durch den Arbeitnehmer bei grobfahrlässigem Handeln, ein Alleintragen des Schadens durch den Arbeitnehmer bei grobfahrlässigem und schlechthin fahrlässigem Handeln und ein Mittragen des Schadens durch den Arbeitgeber höchstens bei leichtfahrlässigem Handeln des Arbeitnehmers[1].

In Erkenntnis dieses Meinungsstreites in der Rechtsprechung unternahm es sodann das Bundesarbeitsgericht, eine "handliche und grundsätzliche Typisierung" zu entwickeln, unter die die Gerichte die zukünftig zu entscheidenden Fälle subsumieren sollten. Ansatz der Typisierung war die Überlegung, daß bei "gefahrengeneigter Arbeit" jedem einmal eine Sorgfaltsverletzung unterlaufen kann. Die Vorschrift des § 276 BGB bot keine Handhabe, mit dieser Feststellung die Haftung des Arbeitnehmers einzuschränken oder ganz auszuschließen. Es gibt auch sonst keine positive Regelung, die hier etwa stillschweigend rechtsähnlich angewendet worden sein könnte. Es handelt sich vielmehr um eine Überlegung, die der Gesetzgeber - würde er die Haftung des Arbeitnehmers normieren wollen - bedenken und ggf. in ähnlicher Weise in positives Recht umsetzen würde. Es handelt sich demnach um richterliche Rechtsbildung.

Zu den weiteren Verästelungen der Rechtsprechung hinsichtlich der Beweislast[2], der Nichtanwendung der Grundsätze bei Schwarzarbeit[3], bei Schäden, die dem Arbeitnehmer selbst

---

1 cf. BAG, Urteil v. 19.3.1959 - 402/55 - in NJW 1959, 1796/1797.

2 cf. BAG, Urteil v. 30.8.1966 - 1 AZR 456/65 - in NJW 1967, 269/270.

3 cf. OLG Celle, Urteil v. 18.10.1973 - 9 U 76/70 - in NdsRpfl 1973, 48/49.

entstehen[1], zur Abwägung aller Umstände nach Billigkeit und Zumutbarkeit[2] usw. ist hier nicht Stellung zu nehmen. Die Skizzierung dieses weiteren Feldes einer gesetzesvertretenden Rechtsbildung ohne konkretem Ausgangspunkt in höherrangigem oder einfachem Recht soll hier ausreichen.

3. Die gesetzesvertretende Rechtsbildung im Strafverfahrensrecht

Auch im Strafverfahrensrecht finden sich zahlreiche Beispiele richterlicher Rechtsbildung.

So konstruierten die Gerichte teilweise ein "Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens"[3]. Dies betraf etwa den Fall einer von den Rechtspflegeorganen zu vertretenden mehrjährigen Verfahrensdauer. Einige Gerichte wollten aus diesem Grunde das Verfahren einstellen. Zwar berief sich das LG Frankfurt auf Art. 6 MRK. Diese Norm besagt aber gerade nichts darüber, was bei einem "überlangen Strafverfahren" zu geschehen hat. Genausowenig ist dem deutschen Strafverfahrensrecht eine hier auch nur entfernt einschlägige Regelung zu entnehmen[4].

Bei dieser Konstruktion handelte es sich um freie richterliche Rechtsschöpfung, da es für ein solches Rechtsinstitut

---

1 cf. BAG, Urteil v. 2.2.1962 - 1 AZR 385/57 - in NJW 1962, 835.

2 cf. BAG, Urteil v. 28.4.1970 - 1 AZR 146/69 - in AP, § 611 BGB, Haftung des Arbeitnehmers, Nr. 55; BAG, Urteil v. 7.7.1970 - 1 AZR 505/69 - in AP, § 611 BGB, Haftung des Arbeitnehmers, Nr. 58.

3 cf. LG Frankfurt, Urteil v. 5.11.1970 - in JZ 1971, 234/235; LG Krefeld, Beschluß v. 18.5.1971 in JZ 1971, 733/734; a.A. BGH, Urteil v. 10.11.1971 - 2 StR 429/71 - in BGHSt 24, 239/240 ff.

4 cf. Hanack, S. 709 ff.

kein positives gesetzliches Vorbild gab. Vom BGH wurde diese Rechtsbildung dennoch nicht etwa deswegen abgelehnt, weil sie in den Bereichen des Gesetzgebers hineinrage, sondern weil viele verfahrensverzögernde Umstände dem Angeklagten dienten und deshalb von ihm nicht als übermäßige Belastung geltend gemacht werden könnten[1].

Auch in einer anderen Sachfrage, hinsichtlich des Inhaltes eines Einstellungsurteils im Strafprozeß, schweigt das Gesetz. Das Reichsgericht[2] folgerte aus der "Natur der Sache", in den Gründen eines Einstellungsurteils müsse der Sachverhalt soweit dargelegt werden, daß dem Rechtmittelgericht die Prüfung ermöglicht werde, ob die untere Instanz die Voraussetzungen der Einstellung des Verfahrens zu Recht oder zu Unrecht angenommen habe. Im übrigen sei von einer Sachverhaltsfeststellung abzusehen, soweit sie nicht für die Beurteilung der Einstellung des Verfahrens erforderlich sei. Durch weitergehende Darlegungen über die Schuld des Angeklagten werde sich dieser nur unnötig beschwert fühlen.

Schließlich ist auch die Frage der Anfechtbarkeit von Rechtsmittelerklärungen in der Strafprozeßordnung nicht geregelt. Der BGH[3] bejahte die Möglichkeit der Anfechtbarkeit dem Grundsatz nach. Er lehnte jedoch bei unter Täuschung, Zwang oder Drohung abgegebenen Erklärungen eine entsprechende Anwendung des § 136a StPO oder des § 123 BGB ab.

Dennoch folgerte er "aus dem Gebot der Gerechtigkeit" Ausnahmen von der unbedingten Gültigkeit von Rechtsmittelerklärungen und von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit er-

---

1 BGH, Urteil v. 10.11. 1971 - 2 StR 492/71 - in BGHSt 24, 239/240 ff.

2 RG, Urteil v. 22.3.1935 - 1 D 30/35 - in RGSt 69, 157/159 ff.

3 BGH, Urteil v. 6.12.1961 - 2 StR 485/60 - in BGHSt 17, 14/17 ff.

wiesener Willensmängel. Der BGH deutete an, daß eine solche Ausnahme beispielsweise bei einer durch ernste Todesdrohung erzwungenen Rechtsmittelzurücknahme vorliegen könnte. Eine genauere Typisierung dieser Ausnahmetatbestände unterblieb aber.

Im zu entscheidenden Fall wurde eine Anfechtbarkeit abgelehnt. Der Angeklagte hatte einen Rechtsmittelverzicht erklärt, um die Staatsanwaltschaft zur Rücknahme eines Haftbefehlsantrages zu bewegen. Er hatte als Folge einer auch nur kurzen Inhaftierung schwerwiegende, wirtschaftliche Nachteile befürchtet.

Dem BGH reichte nicht aus, daß der Haftbefehl sachlich nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Der BGH deutete allerdings an, daß es zur Anerkennung einer ernstlichen Zwangssituation u.U. ausgereicht hätte, wenn der Haftbefehl ergangen und klar ersichtlich jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt hätte.

Damit wird deutlich, daß sich der BGH nicht an vorhandenen positiven gesetzlichen Regelungen - etwa den §§ 136a StPO, 123 BGB - orientieren wollte. Der BGH zog den Kreis der ernstlichen Zwangssituation erheblich enger und schuf damit in freier richterlicher Rechtsbildung ein neues prozessuales Rechtsinstitut[1].

4. Gesetzesvertretendes richterliches Strafzumessungsrecht

Im Bereich des Strafzumessungsrechts hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg die Rechtsfindung allein überlassen. Bis zur in jüngster Zeit erfolgten Ein-

---

1 cf. dazu auch Eberhard Schmidt, S. 291 ff.

führung der §§ 13, 14, 16, 23 in das Strafgesetzbuch enthielt dieses kaum positivrechtliche Ansätze für die Strafzumessung, mit Ausnahme der §§ 27b StGB, 267 III 1 StPO.

a) Die Praxis der Strafzumessung

Die Ungleichmäßigkeit und Veränderung richterlicher Strafzumessungspraxis erhellt die Studie von Exner[1] zur Strafzumessungspraxis deutscher Gerichte. Danach läßt die Entwicklung der Rechtsprechung von der Jahrhundertwende bis ca. 1930 eine zunehmende Verwendung der Geldstrafe auf Kosten der Freiheitsstrafe und generell eine Tendenz zur Verwendung geringerer Strafsätze nach Art und Höhe der verhängten Strafe erkennen. Die herrschende Strafart war im Jahr 1930 die Geldstrafe[2].

Dabei ist der enge Zusammenhang zwischen der Definition der wichtigsten Strafzwecke und der Strafzumessungspraxis unübersehbar. Während die Gerichte in der Weimarer Zeit die Spezialprävention betonten, schloß sich nach 1930 eine generalpräventiv orientierte Justiz an, die die Strafen drastisch verschärfte[3].

Die Entscheidungsbeliebigkeit richterlicher Strafzumessungspraxis geht aber nicht nur aus dieser Veränderung der Rechtsprechung im Rahmen einer jahrzehntelangen Entwicklung, wie hier etwa des Zeitraums von 1900 bis 1930 hervor. Das Fehlen positivrechtlicher Maßstäbe der Strafzumessung hatte auch eine im übrigen uneinheitliche Rechtsprechungspraxis zur Folge. Dies erhellt, daß diese Rechtsprechung - auch

---

1 Exner, S. 17 ff.

2 cf. Exner, S. 30.

3 cf. dazu Bruns, Strafzumessungsrecht, 1. Aufl., S. 258.

wenn sie sich um die Herausbildung von Kriterien der Strafzumessung bemühte - von unterschiedlichen, individuellen, letztlich rational nicht nachvollziehbaren Wertungen des jeweiligen Prozeßrichters bestimmt wurde. Als Beispiel soll hier die uneinheitliche Praxis der Strafzumessung bei Alkoholdelikten, speziell bei der folgenlosen Trunkenheitsfahrt im Straßenverkehr gem. § 316 StGB in den Sechziger Jahren dienen.

In Norddeutschland mußte ein Ersttäter in der Regel mit einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe rechnen. In Berlin und in Bayern dagegen durfte er auf eine bloße Geldstrafe hoffen, wenn nicht außergewöhnliche Umstände vorlagen[1].

In Bayern lag die Zahl der bedingten Strafaussetzung mehr als 100% über dem Bundesdurchschnitt[2]. Selbst innerhalb der Oberlandesgerichtsbezirke und innerhalb derselben Gerichte ließ sich eine völlig unterschiedliche Spruchpraxis feststellen. Das zufällige Zusammentreffen von Tatort, Anfangsbuchstabe des Namens und Geschäftsverteilungsplan konnte die Strafzumessung bestimmen[3].

b) Richterrecht

Weder die Strafzumessungspraxis der Weimarer Zeit noch die der folgenden Jahrzehnte hatte positivrechtliche Grundlagen - mit Ausnahme der vom Gesetz vorgegebenen Strafrahmen.

Man vertrat daher auch die Ansicht, allgemeinverbindliche Strafzumessungsgründe gebe es nicht[4]. Die Strafzumessung erfolge gefühlsmäßig. Ihre Begründung im Gerichtsurteil

---

1 cf. Wassermann, S. 175.
2 cf. Mühlhaus, S. 141.
3 cf. Mühlhaus, S. 141 f.; Wassermann, S. 175.
4 cf. Schwarz, 18. Auflage, § 267, Anm. 2A.

diene nur dazu, den Schein einer Legitimation für ein gefühlsmäßig als angemessen empfundenes Ergebnis zu liefern[1]. Irrationalität[2] und persönliche richterliche Wertung in Form eines intuitiven schöpferischen Aktes[3] seien nur durch den vom Straftatbestand vorgegebenen Strafrahmen gesetzlich begrenzt.

Dieses Eingeständnis, daß irrationale, unwägbare Gesichtspunkte die Strafzumessung beeinflußten, fand sich im übrigen auch in gerichtlichen Entscheidungen[4]. Die richterliche Entscheidungsbeliebigkeit wird in der These deutlich, identische Strafzumessungsgründe ließen ein Ergebnis von sechs Monaten oder auch von einem Jahr und sechs Monaten zu, ohne daß die Fehlerhaftigkeit der einen oder anderen Entscheidung nachzuweisen sei[5].

Dennoch hat es die Rechtsprechung unternommen, innerhalb des Strafzumessungsrechts bestimmte Grundsätze auszuarbeiten. Hier soll nur die Rechtsprechung des BGH zu den Strafzwecken angedeutet werden[6]. Finale Strafzumessungsgründe sollten Sühne-Vergeltung, Spezial- und Generalprävention sein[7]. Durch die sogenannte Spielraumtheorie[8] stellte der

---

1 cf. Stratenwerth, S. 251, Fußn. 49.

2 cf. Bruns, S. 241.

3 cf. Krumme, S. 208; Haegert, S. 130 f.

4 cf. BGH, Beschluß v. 25.1.1955 - 3 StR 552/54 - in BGHSt 7, 214/216; KG Berlin, Urteil v. 27.9.1956 in VRS 11, 357/361.

5 cf. Sarstedt, S. 264, Fußn. 48.

6 cf. dazu Bruns, Strafzumessungsrecht, 1. Aufl., S. 258 ff.

7 cf. BGH, Urteil v. 6.4.1962 - 4 StR 32/62 - in BGHSt 17, 321/324; BGH, Beschluß v. 10.10.1952 - 1 ARs 118/52 - in BGHSt 3, 265/268 ff.

8 BGH, Urteil v. 10.11.1954 - 5 StR 476/54 - in BGHSt 7, 28/29 ff.; BGH, Urteil v. 17.11.1961 - 4 StR 292/61 - in BGHSt 16, 351/353; dazu auch Bruns, Strafzumessungsrecht 2. Aufl., S. 266 ff.

BGH eine Rangordnung zwischen den Strafzwecken auf. Dieser Theorie zufolge durften Präventionszwecke nur in den Schranken einer gerechten Schuldstrafe in die Strafzumessung einfließen[1]. General- oder spezialpräventiv motivierte Strafzwecke sollten im oberen Limit der noch schuldangemessenen Strafe ihre Grenzen finden.

Auch hier handelte es sich um gesetzesvertretende richterliche Rechtsbildung. Der Gesetzgeber hatte sich zu den Fragen der Strafzumessung nur unvollkommen oder gar nicht geäußert. Die von der Rechtsprechung entwickelten Gedanken in den oben genannten Entscheidungen erfolgte daher methodisch ohne Ansatz in irgendwelchen positiven Regelungen. Die Gerichte füllten diesen ihnen vom Gesetzgeber überlassenen Freiraum aus. Die vorgenannte richterliche Rechtsbildung konnte allerdings nur im Erwachsenenstrafrecht stattfinden. Im Jugendstrafrecht nahm und nimmt das Jugendgerichtsgesetz ausdrücklich zu den Strafzwecken Stellung.

5. Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Steuerrecht

Es mag verwundern, daß das Steuerrecht durch weitgehende richterliche Rechtsfort- und Rechtsumbildung gekennzeichnet ist. Nach § 1 AO bestimmt das Gesetz den Tatbestand, an den die Pflicht zur Steuerleistung geknüpft wird. Dasselbe spricht § 3 I StAnpG aus, wonach die Steuerschuld entsteht, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Steuer knüpft.

Nun haben diese Normen - anders als Art. 103 II GG im Strafrecht - nicht den Charakter höherrangigen Rechts.

---

1 cf. BGH, Urteil v. 4.8.1965 - 2 StR 282/65 - in BGHSt 20, 264/266 f.

Dennoch lassen die Vorschriften darauf schließen, daß die Steuerpflicht und die sie konkretisierenden belastenden Maßnahmen der Finanzverwaltung auf positives Recht und nicht ausschließlich auf Richterrecht gestützt werden können. Zieht man eine Parallele zum allgemeinen Verwaltungsrecht, so dürfte damit ausgeschlossen sein, daß belastende Maßnahmen der Finanzverwaltung - wie im sonstigen Verwaltungsrecht - ausschließlich auf von der Rechtsprechung entwickelte allgemein anerkannte Grundsätze des Steuerrechts gestützt werden.

a) Methodische Parallelen und Besonderheiten

Die Urteilsfindung durch die Finanzgerichte läßt erkennen, daß hier grundsätzlich mit denselben methodischen Mitteln gearbeitet wird wie in der übrigen Rechtsprechung auch. So geht man vom Wortlaut der Vorschrift aus - in den Urteilen des BFH vom 31.1.1958 und vom 16.5.1957 zu § 33a I 3 EStG[1] - bzw. zieht den systematischen Zusammenhang im weitesten Sinne heran - so im Urteil des BFH vom 22.6. 1962 zu § 10 d EStG[2].

Letztenendes ist entscheidendes Kriterium auch hier der Sinn und Zweck der Norm. Dabei besteht im Steuerrecht aber eine Besonderheit. Die Vorschrift des § 1 II StAnpG gibt dem Rechtanwendenden wichtige Auslegungsziele vor[3]. Nach § 1 II StAnpG sind bei der Auslegung der Steuergesetze die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse

---

1 BFH, Urteil v. 31.1.1958 - VI 207/57 U - in BStBl 1958 III S. 108; BFH, Urteil v. 16.5.1957 - IV 65/56 U - in BStBl 1957 III S. 228.

2 BFH, Urteil v. 22.6.1962 - VI 49/61 S - in BStBl 1962 III S. 386/387.

3 Eine gewisse Parallele könnte § 1 BBauG darstellen, der ebenfalls Auslegungsaspekte enthält, dies aber nicht so direkt ausdrückt wie § 1 StAnpG.

zu berücksichtigen. Einer dieser Aspekte, die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze, schlägt sich in zahlreichen Urteilen in Form der sogenannten "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" nieder. Berücksichtigt man den Auslegungsauftrag des § 1 II StAnpG, so handelt es sich bei dieser Argumentation um einen normalen Fall der teleologischen Auslegung[1]. Die Interpretation findet hier ausgehend von einem durch den Gesetzgeber vorgegebenen Zweck statt:

Gemäß § 10 d EStG können bestimmte Steuerpflichtige Verluste aus vergangenen Veranlagungszeiträumen wie Sonderausgaben vom Gesamtbetrag der Einkünfte abziehen. Die Rechtsprechung hatte hier zu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen eine Personenidentität zwischen dem Steuerpflichtigen besteht, der den Verlust erlitten hat und dem, der ihn geltend machen will. Der BFH geht grundsätzlich von der bürgerlich-rechtlichen Rechtslage aus[2]. Eine von dieser Rechtslage abweichende Beurteilung ist aber seiner Meinung nach geboten, wenn der Zweck der steuerlichen Rechtsordnung und der wirtschaftliche Gehalt der Vorgänge das erfordern[3]. Es bedarf daher der wirtschaftlichen Identität der den Verlust geltend machenden und der den Verlust tragenden Gesellschaft. Bei einem sogenannten Mantelkauf einer GmbH kann ein vorhandener Verlust nicht als abzugsfähiger Verlust gemäß § 10 d EStG weitergeführt werden[4].

Die teleologische Auslegung unter dem Aspekt der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" wird aber auch bedeutsam bei der Beurteilung der Frage der steuerlichen Anerkennung

---

1 cf. Thiel, S. 182.

2 BFH, Urteil v. 19.8.1958 - I 78/58 U - in BStBl 1958 III S. 468/470.

3 cf. BFH, Urteil v. 19.8.1958 - I 78/58 U - in BStBl 1958 III S. 468/470.

4 cf. BFH, Urteil v. 15.2.1966 - I 112/63 - in BStBl 1966 III S. 289.

oder Nichtanerkennung von Ehegattenverträgen. Die Frage ist beispielsweise relevant, wenn Ehegatten eine getrennte Veranlagung zur Einkommensteuer wählen und bei § 26 a EStG zu bestimmen ist, um wessen Einkünfte es sich handelt. In einer breiten Kasuistik hat der BFH dazu folgende Grundsätze entwickelt:

Verträge zwischen Ehegatten sind dann steuerlich anzuerkennen, wenn sie ernsthaft vereinbart und durchgeführt worden sind[1]. Kriterium der Ernsthaftigkeit ist, daß die vertraglichen Beziehungen der Ehegatten im wesentlichen die gleichen sind, wie sie zwischen Fremden bestehen würden[2]. Wichtiger Lösungsschlüssel ist auch hier die "wirtschaftliche Betrachtungsweise".

Daher sind unklare oder von den tatsächlichen Verhältnissen abweichende vertragliche Gestaltungen steuerlich unbeachtlich[3]. Die bloße Behauptung, es liege ein Vertragsschluß vor, reicht in der Regel nicht aus. Auch die vom BGH[4] entwickelte Innengesellschaft zwischen Ehegatten wird daher vom BFH steuerlich nur nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze anerkannt[5]. Letztenendes kommt es nur darauf an, wie die tatsächlichen Lebensverhältnisse gestaltet sind, insbesondere ob sich die Ehegatten vertraglich wie fremde Dritte gegenüberstehen .

Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" wird demnach vor allem dort relevant, wo Sachverhalte bürgerlich-rechtlich gestaltet worden sind. Wenn die Gerichte dann fragen, inwieweit die tatsächlichen Lebensverhältnisse mit den zivilrechtlichen Gestaltungsformen übereinstimmen, so tun sie das nicht in freier Rechtsfindung, sondern in Anwendung des

---

1 cf. BFH, Urteil v. 8.3.1962 - IV 165/60 U - in BStBl 1962 III S. 217.

2 cf. BFH, Urteil v. 26.8.1958 - I 116/58 - in BStBl 1958 III S. 445.

3 cf. BFH, Urteil v. 31.7.1956 - I 4 - 5/55 U - in BStBl 1956 III 288/289.

4 BGH, Urteil v. 20.12.1952 - II ZR 44/52 - in BGHZ 8, 249/251 ff.

5 BFH, Urteil v. 26.8.1958 - I 116/58 U - in BStBl 1958 III S. 445/446.

§ 1 II StAnpG. Das zeigt sich auch z.B. in den Fällen der Kettenschenkung, d.h. dann, wenn Schenkungen erst über Dritte in die Hände des Schenkungsadressaten gelangen und auf diese Weise eine insgesamt - erbschaftssteuerlich - zu große Schenkung in mehrere kleinere Schenkungen zerlegt wird. Bei "wirtschaftlicher Betrachtungsweise" handelt es sich um eine einzige Schenkung, so daß Erbschaftssteuern zu bezahlen sind[1].

Im übrigen enthält das Steuerrecht zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, die Ausgangspunkt einer breiten richterlichen Kasuistik geworden sind. Als Beispiel sei hier § 33 EStG genannt, wonach der Einkommenssteuerpflichtige außergewöhnliche Belastungen u.U. vom Einkommen abziehen kann, soweit diese Belastungen u.a. "zwangsläufig" erwachsen sind. Die Zwangsläufigkeit wird beispielsweise stets bejaht

bei dem Lebensunterhalt dienenden Unstützungsleistungen von Verwandten in der DDR, Ostberlin oder in Vertreibungsgebieten, auch wenn diese Personen nicht zum Kreis der in § 10 StAnpG genannten Angehörigen zählen[2],

bei Ehescheidungskosten, auch wenn die Ehe aus Verschulden der betreffenden Person geschieden wird[3].

Dagegen wird die Zwangsläufigkeit in der Regel verneint

bei Aufwendungen für das eigene Studium oder das der Verlobten[4],

bei Aufwendungen, die aus einer allgemeinen sittlichen Pflicht erfolgen, in Not geratenen Mitmenschen zu helfen[5],

---

1 cf. dazu BFH, Urteil v. 14.3.1962 - II 218/59 - in BStBl 1962, 206/207.

2 cf. BFH, Urteil c. 25.3.1966 - VI 320/65 - in BStBl 1966 III 534.

3 cf. BFH, Urteil v. 23.2.1968 - VI R 239/67 - in BStBl 1968 II 407.

4 cf. BFH, Urteil v. 9.12.1966 - VI R 196/66 u. 197/66 - in BStBl 1967 III 308.

5 cf. BFH, Urteil v. 25.3.1966 - VI 320/65 - in BStBl 1966 III S. 534.

bei Zuwendungen der Eltern an ihr Kind aus Anlaß seiner Verheiratung[1]; die Zwangsläufigkeit kann ausnahmsweise zu bejahen sein, wenn die Eltern dem Kind keine Berufsausbildung haben zukommen lassen, die ihm die Möglichkeit eröffnet, einen Lebensunterhalt selbst zu verdienen[2].

Diese Art der Kasuistik ließe sich beliebig fortsetzen. Dennoch handelt es sich nicht um gesetzesvertretende, allenfalls um gesetzesausfüllende richterliche Rechtsbildung[3], da diese Rechtsprechung ihren Ansatz in einer konkreten positiven Norm findet.

b) Die Verwaltungspraxis im Steuerrecht

Ein Seitenblick auf die Praxis der Finanzverwaltung läßt die Relevanz dieser Fallbildung durch die Finanzgerichte erkennen. Die Richtlinien der Finanzverwaltung bestehen in weiten Bereichen aus einer Wiedergabe der Urteile der Finanzgerichtsbarkeit.

Nun ist damit nichts über die Bindungswirkung der Urteile über den konkreten entschiedenen Fall hinaus gesagt. So findet sich zwar beispielsweise die vorgenannte Kasuistik zu § 33 EStG in den Abschnitten 180 bis 189a EStR bzw. die Entscheidungen zu den Ehegattenverträgen im Abschnitt 174a EStR wieder. So folgt auch oft auf eine neue Gerichtsentscheidung eine entsprechende Abänderung der Richtlinien. Das geschah beispielsweise durch den BdF-Erlaß vom 19.11. 1973[4]. Darin wurden die Abschnitte 179 Abs. V und Abs. VI und 190 Abs. III EStR 1972 ausdrücklich im Hinblick auf

---

1 cf. BFH, Urteil v. 16.8.1967 - VI 170/65 - in BStBl 1967 III S. 700/704 f.

2 cf. BFH, Urteil v. 18.8.1967 - VI R 51/66 - in BStBl III S. 758.

3 cf. unten S. 226 ff.

4 BStBl 1973, I S. 690.

die Urteile des BFH vom 8.11.1972[1] als überholt bezeichnet.

Andererseits geht die Finanzverwaltung durchaus nicht von einer automatischen Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung aus. So entschied der BFH mit Urteil vom 1.2.1973[2], bei der Gründung von Familiengesellschaften unter Beteiligung Minderjähriger könnten letztere nur dann als Mitunternehmer gemäß § 15 II EStG anerkannt werden, wenn für die Dauer der Minderjährigkeit und Mitgliedschaft ein Ergänzungspfleger gemäß § 1909 BGB bestellt werde. Die Finanzverwaltung übernahm diese Entscheidung nicht und verlangt demgegenüber nur eine Pfleger-Bestellung beim Gesellschaftsvertragsabschluß, dagegen keine darüberhinausgehende Dauerpflegschaft.

Diesem Selbstverständnis zufolge ist die Finanzverwaltung nicht an die Rechtsprechung gebunden[3], sondern bindet sich durch ihre auf den Richtlinien beruhende Verwaltungspraxis über Art. 3 I GG selbst. Faktisch bedeutet diese Sachlage dennoch die Herausbildung eines von der Finanzverwaltung mehr oder weniger beschnittenen richterlichen Fallrechts; denn die Finanzverwaltung subsumiert über die Richtlinien im Einzelfall nicht mehr unter das Gesetz, sondern unter den von der Rechtsprechung entschiedenen Fall.

c) Gesetzesvertretende Rechtsbildung im Steuerrecht

Rechtsneubildung und Rechtsumbildung findet auch im Steuerrecht statt, wenn der Gesetzgeber Fragen ungeregelt gelassen hat und die Rechtsprechung diese Lücken ausfüllt

---

1 BFH, Urteil v. 8.11.1972 - VI R 257/71 - in BStBl 1973 II S. 143; BFH, Urteil v. 8.11.1972 - VI R 24/72 - in BStBl 1973 II S. 145.

2 BFH, Urteil v. 1.2.1973 - IV R 61/72 - in BStBl 1973 II S. 309.

3 cf. Flume, S. 77 f.

bzw. unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung neues Richterrecht bildet.

So hat der Große Senat des BFH[1] durch Beschluß vom 29.5. 1972 seine Rechtsprechung zur Besteuerung von Familiengesellschaften geändert. Bis dahin hatten die Finanzgerichte vertreten, die Angemessenheit der Gewinnanteile von Kommanditisten bei Familiengesellschaften sei nach der nominellen Höhe der Kapitalanteile zu beurteilen. Nunmehr entschied der Große Senat, es komme nicht auf die nominelle Höhe der Kapitalanteile, sondern auf den tatsächlichen Wert des Gesellschaftsanteils an. Eine Gewinnverteilung sei dann nicht zu beanstanden, wenn sie zu einer marktüblichen Verzinsung des tatsächlichen Wertes der Beteiligung des nicht mitarbeitenden Kommanditisten (des Sohnes/der Tochter in einer Familiengesellschaft) führe.

Der BFH gab in freier Rechtsfindung als (noch) nicht zu beanstandende Obergrenze eine Rendite von 15% an. Dabei ist hier nicht nur die Rechtsumbildung durch Veränderung der Rechtsprechung festzuhalten. Diese Rechtsumbildung wird begleitet von einem bemerkenswerten Stilwandel der Urteilsabfassung. Der BFH nahm in seinem Urteil vom 29.3. 1973[2] diese neue Rechtsprechung auf, die sodann durch aufsatzmäßige breite Ausführungen weitergebildet wurde.

Dabei setzten die Richter im einzelnen die Methode der Ermittlung des Gesamtwertes des Unternehmens und der Aufteilung des so ermittelten Gesamtwertes auf die einzelnen Gesellschafter auseinander. Sodann beschrieb der BFH den Weg der Ermittlungen zur Lösung der Frage, ob der dem Kommanditisten zugedachten Gewinn die Grenze von 15% des zuvor festgestellten tatsächlichen Wertes der Beteiligten übersteigt. Um die Rechtsbildung leichter faßlich zu machen,

---

1 BFH, Beschluß v. 29.5.1972 - Gr. S. 4/71 - in BStBl 1973 II S. 5.

2 BFH, Urteil v. 29.3.1973 - IV R 158/68 - in BStBl 1973 II S. 489/490 ff.

wurden in den Urteilsgründen zu-dem noch zwei - abstrakte - Beispielsfälle vorgeführt und durchgerechnet. Intensivere, weiter in Einzelheiten gehende richterliche Rechtsbildung - faßt möchte man sagen "lehrbuchmäßige Lösungs-Anleitung" - ist kaum vorstellbar.

III. Gesetzesausfüllende richterliche Rechtsbildung

Bisher wurden zwei Typen richterlicher Rechtsbildung erörtert: Zum einen die einfaches Gesetz verdrängende richterliche Rechtsbildung, wobei die Verdrängung anhand höhenangigen Rechts stattfindet - so im Zuge der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG, ferner bei der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zur aktiven Parteifähigkeit der Gewerkschaften[1].

Ferner wurde als zweiter Typus Richterrecht dargestellt, in dessen Rahmen nicht einfaches Gesetz verdrängt, sondern - in Ermangelung positiver Regelungen - vertreten wurde: so z.B. im Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht, im Strafverfahrensrecht, im Strafzumessungsrecht und im Steuerrecht[2].

Bisher ging es daher nicht um die Anwendung, sondern um eine Verdrängung oder Ersetzung einfachen Gesetzesrechts. Nunmehr ist auf Richterrecht einzugehen, das bei der Auslegung einfachen Gesetzesrechts entsteht.

Der Gesetzgeber ermöglicht der Rechtsprechung bewußt, anhand von sogenannten Generalklauseln richterliche Rechtsbildung zu betreiben. Die Freiheit der Rechtsprechung und die Tatsache ihrer Rechtsbildung erhellt daraus, daß

---

1 cf. oben S. 7 ff., 190 ff., 195 ff.
2 cf. oben S. 199 ff.

die Gerichte anhand derselben Norm zu entgegengesetzten Ergebnissen finden können. Nur diese Freiheit der Rechtsprechung steht hier im Vordergrund, eine Norm in völlig entgegengesetztem Sinne auslegen zu können, ohne daß jeweils der Nachweis geführt werden könnte, die eine oder andere Entscheidung wäre gesetzeswidrig[1].

Damit wird hier der Rechtsquellenlehre gefolgt, die auch die Auslegung des einfachen Gesetzes - erst recht die Gesetzes- und Rechtsanalogie und die Rechtsfort- und Rechtsumbildung - als Richterrecht einordnet, soweit wertorientierte, konkretisierende Interpretation und nicht formale Logik und Deduktion ausschlaggebend sind[2]. Daraus folgt, daß richterliche Rechtsbildung bei der Auslegung einfachen Gesetzes keinesfalls auf die Interpretation von Generalklauseln beschränkt ist. Letztere steht hier nur deshalb im Vordergrund, weil anhand der Generalklauseln die Freiheit richterlicher Rechtsfindung besonders kraß zutage tritt.

Angesichts dieser noch zu skizzierenden Freiheit der Rechtsprechung gerade im Bereich der Generalklauseln soll vorweg an eine Formulierung Hedemanns angeknüpft werden, der die Generalklauseln als "ein Stück offengelassener Gesetzgebung" bezeichnet hat[3].

---

1 cf. unten S.299 mit Beispielen aus der Rechtsprechung des BGH.

2 cf. Esser, Grundsatz und Norm, S. 14 ff. u. S. 258 ff.; Kriele, S. 192 ff., 221 ff. u. 244 ff.; Leß, S. 8; Redecker, S. 411; Rüthers, S. 458 ff.; Wieacker, S. 704 ff.; Zippelius, Rechtsfortbildung, S. 1983; einen engeren Begriff vertreten etwa Brüggemann, S. 162 f.; Hirsch, S. 341.

3 Hedemann, S. 58.

1. Rechtsprechung zu § 138 BGB

Das Reichsgericht hielt die letztwillige Verfügung, die der Ehemann zugunsten seiner Geliebten und zum Nachteil seiner Ehefrau vornahm, für unsittlich und damit gemäß § 138 BGB für nichtig, wenn die Sexualbeziehung auch nur mitbestimmend war[1].

Der BGH vertritt anhand derselben Vorschrift des § 138 BGB das genaue Gegenteil: Danach ist die entsprechende letztwillige Verfügung nur dann wegen Sittenwidrigkeit nichtig, wenn die geschlechtliche Beziehung der alleinige oder doch ausschlaggebende Grund für die Verfügung ist[2].

Die Norm des § 138 BGB liefert offenbar einen weiten Rahmen, innerhalb dessen die beiden vorgenannten und auch noch anders geartete Auffassungen Platz finden.

Hier soll genauer auf das Urteil des BGH vom 26.2.1968 eingegangen werden. Der BGH nahm Bezug auf die "ständige Rechtsprechung", um darzutun, daß geschlechtlicher Verkehr zwischen unverheirateten Personen sittenwidrig sei. Gleichzeitig warf der BGH dem Berufungsgericht - das vertreten hatte, die hier in Frage stehenden außerehelichen Beziehungen seien wegen der besonderen Verhältnisse in der Ehe eines der Beteiligten sittlich unbedenklich - vor, es habe eine "der Rechtsordnung kraß widersprechende und daher unrichtige Rechtsauffassung" vertreten.

In Wahrheit waren hier nur zwei Gerichte unterschiedlicher Auffassung angesichts der Norm des § 138 BGB, die dem Rechtsanwendenden - zumindest in der Interpretation der "billig und gerecht Denkenden" - nur Leerformeln anbietet.

---

1 RG, Urteil v. 16.5.1941 - VII 143/40 - in RGZ 166, 395/399.

2 BGH, Urteil v. 26.2.1968 - III ZR 38/65 - in NJW 1968, 932/934; BGH, Urteil v. 29.6.1973 - V ZR 187/71 - in NJW 1973, 1645/1646.

Diese Begründung des BGH beinhaltet daher nur eine "petitio principii". Die Vorschrift des § 138 BGB enthält eine Bindung an soziale Ordnungsgefüge und kollektive Wertvorstellungen und ermöglicht eine daran orientierte richterliche Normbildung. Insoweit sind die Mittel empirischer Sozialforschung zur Konkretisierung des Begriffs der "guten Sitten" einzusetzen[1]. Die Einheitsformel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" vermag demgegenüber als Leerformel gar nichts zu leisten. Sie verdeckt nur, daß die Gerichte - wie im vorliegenden Fall der BGH - die Norm zum Mittel ungehinderter Durchsetzung ihrer persönlichen Wertvorstellungen machen, wobei diese Vorstellungen mit der "Rechtsordnung" schlechthin identifiziert werden[2].

2. Rechtsprechung zu § 134 BGB

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH[3] waren Verfügungen unter Lebenden, die wirtschaftlich dem Ziel eines gemeinschaftlichen Testamentes widersprachen, u.U. gemäß den §§ 2271, 134 BGB nichtig. Dies wurde dann bejaht, wenn damit eine "Aushöhlung" des Testamentes verbunden war und das Vermögensopfer des Erblassers derart erbracht wurde, daß es erst mit seinem Tod eintrat.

Entsprechendes sollte bei Erbverträgen gemäß den §§ 2285, 134 BGB gelten.

Der BGH[4] vertritt nunmehr das Gegenteil: Hat sich ein Erb-

---

1 cf. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln.

2 BGH, Urteil v. 26.2.1968 - III ZR 38/65 - in NJW 1968, 932/935.

3 BGH, Urteil v. 22.2.1961 - V ZR 175/59 - in LM Nr. 11;
BGH, Urteil v. 2.10.1963 - V ZR 140/61 - in LM Nr. 15.

4 BGH, Urteil v. 5.7.1972 - IV ZR 125/70 - in BGHZ 59, 343/346 ff.

lasser durch Erbvertrag - oder durch gemeinschaftliches Testament - gebunden und überträgt er zu Lebzeiten einen zum Nachlaß gehörenden Gegenstand, so ist ein solches Geschäft nicht deshalb nichtig, weil damit dem Vertrags- oder Schlußerben das Erbgut entzogen wird. Während also der BGH mit Urteil vom 2.10.1963[1] der Auffassung war, bei lebzeitigen Zuwendungen auf den Todesfall handele es sich um Umgehungsgeschäfte im Sinne des § 134 BGB, kam das Gericht mit Urteil vom 5.7.1972[2] zum gegenteiligen Ergebnis. Nicht das Gesetz, sondern die Überzeugung der Richter von der Richtigkeit der Entscheidung und des Ergebnisses hatten sich geändert.

3. Rechtsprechung zur polizeirechtlichen Generalklausel

Gerade die polizeirechtlichen Generalklauseln bieten mit den Begriffen der "öffentlichen Sicherheit" bzw. "öffentlichen Ordnung" unbestimmte Rechtsbegriffe an. Der richterlichen Rechtsfort- und Rechtsumbildung scheinen hier weite Bereiche offenzustehen.

Verfassungsrechtliche Bedenken entzündeten sich daher vor allem an der Frage der ausreichenden Bestimmtheit der Normen. Die Rechtsprechung ist diesen Bedenken begegnet unter Hinweis auf die jahrzehntelange Judikatur und die dadurch bewirkte Präzisierung[3].

Diese Begründung erscheint als Zirkelschluß. Die "Präzisierung" bindet ja die Gerichte gerade nicht. Die Rechtsprechung kann gar nicht an allen bisherigen Auslegungen

---

1 BGH, Urteil v. 2.10.1963 - V ZR 140/61 - in LM Nr. 15 Bl. 3.

2 BGH, Urteil v. 5.7.1972 - IV ZR 125/70 - in BGHZ 59, 343/348.

3 cf. BayVGH, Beschluß v. 7.7.1972 - Nr. 17 V 72 - in NJW 1972, 2149/2150.

der polizeirechtlichen Generalklauseln festhalten[1]. So störten nach Auffassung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Damenboxkämpfe die öffentliche Ordnung[2].

Unter Zugrundelegung dieser "Präzisierung" hätte dasselbe wohl für Damenringkämpfe gelten müssen. Der Württ.-Bad.VGH war anderer Ansicht und präzisierte seinerseits die Generalklausel dahingehend, daß es sich bei Damenringkämpfen nur um bloße Geschmacklosigkeiten handele[3].

Der in den Polizeigesetzen enthaltene Begriff der "öffentlichen Ordnung" wird herkömmlich definiert als der "Inbegriff der Normen, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der innerhalb eines Polizeibezirks wohnenden Menschen angesehen wird". Da der in den Polizeigesetzen enthaltene Komplementärbegriff - die "öffentliche Sicherheit" - u.a. mit dem positiven Recht gleichgesetzt wird, kann die "öffentliche Ordnung" insoweit nur ungeschriebenes Recht erfassen. Hier wirken also gesellschaftliche Verhaltensnormen und -erwartungen in die polizeirechtliche Generalklausel hinein. Diese Verhaltensnormen werden aber nicht durch Meinungsumfragen bestimmt. Im übrigen sollen auch die Vorstellungen einer "beachtlichen Minderheit" geschützt werden[4].

Da die Rechtsprechung über keine Instrumente verfügt, gesellschaftliche Anschauungen zu ergründen, führt die "Subsumtion" unter den ethisch orientierten unbestimmten Rechtsbegriff der "öffentlichen Ordnung" folgerichtig zur Durch-

---

1 cf. Wolff, VR III, § 125 I c 1.

2 PreußOVG v. 9.11.1933 - in OVGE 91, 139 ff.

3 Württ-Bad. VGH, Urteil v. 15.9.1949 - 157/49 - in DVBl 1950, 26/27.

4 cf. Ule-Rasch, § 14 PreußPVG, Rdnr. 14.

setzung der ureigenen Anschauungen des zuständigen Richters.

4. Rechtsprechung zu § 360 I Nr. 11 StGB a.F.

Dieser weitgehende Verzicht auf die Bestimmtheit positiver Normen wird vom Bundesverfassungsgericht toleriert.

Im Beschluß vom 14.5.1969[1] entschied das Bundesverfassungsgericht, die Strafbestimmung über den "groben Unfug", § 360 I Nr. 11 2. Alt. StGB in der alten Fassung sei hinreichend genau umschrieben und mit Art. 103 II GG vereinbar. Das Gericht verneinte die Existenz allgemeiner Anforderungen an die Bestimmtheit von Straftatbeständen. Die erforderliche Gesetzesbestimmtheit hänge von der Besonderheit des jeweiligen Straftatbestandes ab und von den Umständen, die zu der gesetzlichen Regelung führen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit seien um so höher, je schwerer die angedrohte Strafe sei[2]. Der Wortlaut der Strafbestimmung über den "groben Unfug" lasse zwar eine weite Auslegung zu. Die Norm gehöre jedoch zum überlieferten Bestand an Strafrechtsvorschriften - die Vorschrift war schon im preußischen StGB vom 18.5.1851 enthalten - und sei durch eine lange Rechtsprechung hinreichend präzisiert.

Hier findet sich also dieselbe Begründung wie zur hinreichenden Bestimmtheit der polizeirechtlichen Generalklauseln. Nun schreibt Art. 103 II GG ausdrücklich die gesetzliche Normierung der Strafbarkeit vor. Es erscheint daher fraglich, ob nicht gerade im Strafrecht der Rechtsprechung engere als die vorgenannten Grenzen gesetzt sind.

Dieselben Bedenken gelten auch für die neugeschaffene Generalklausel des § 13 StGB. Dort hat der Gesetzgeber zwar

---

1 BVerfG, Beschluß v. 14.5.1969 - 2 BvR 238/68 - in NJW 1969, 1759.

2 cf. BVerfG, Beschluß v. 25.7.1962 - 2 BvL 4/62 - in BVerfGE 14, 245/251.

ausdrücklich die mögliche Strafbarkeit des Unterlassenden normiert, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt. Darüber, wann jemand rechtlich für einen Erfolg einzustehen hat, besagt das Gesetz jedoch nichts. Die Gerichte werden den § 13 StGB angesichts der obigen Rechtsprechung zum Tatbestand des "groben Unfugs" sicher anwenden[1].

5. Rechtsprechung zu § 826 BGB

Rechtsänderungen ohne Mitwirkung des Gesetzgebers durch Änderungen der Auslegung einfachen Gesetzes belegen vielfach, daß veränderte gesellschaftliche und politische Anschauungen in das Bürgerliche Gesetzbuch eingedrungen sind. Ausgangspunkt der Rechtsprechungsänderung ist dabei vielfach die Einwirkung höherrangigen Rechts. Diese veränderten Anschauungen waren auch der Anstoß der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zur aktiven Parteifähigkeit der Gewerkschaften.

Während die vorgenannte Rechtsprechung aber einfaches Gesetz anhand höherrangigen Rechts umbildete, kann bei einer Rechtsprechungsänderung zu einer Generalklausel wie dem § 826 BGB aufgrund höherrangigen Rechts nicht ohne weiteres von einer Verdrängung einfachen Gesetzesrechts gesprochen werden. Der Wortlaut des § 826 BGB jedenfalls bleibt bei einer solchen Rechtsprechungsänderung unberührt.

Der methodische Weg, den das Bundesverfassungsgericht hier geht, insbesondere in den Grundrechten verkörperte veränderte Wertvorstellungen in die Generalklauseln des Privatrechts hinein-wirken zu lassen[2], ist im methodischen An-

---

1 cf. Maurach, S. [illegible].

2 cf. BVerfG, Urteil v. 15.1.1958 - 1 BvR 400/51 - in BVerfGE 7, 198/206 ff.

satz - ohne daß damit weitere Parallelen verbunden wären - nicht neu. Die Rechtsprechung ist in der Zeit des Nationalsozialismus denselben Weg gegangen. Der Begriff der "guten Sitten" im Sinne der §§ 138, 826 BGB beispielsweise erhielt nach der damaligen Judikatur seinen Inhalt"durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung"[1].

Das Bundesverfassungsgericht gab einer entsprechenden Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe den Vorzug gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über § 134 BGB. Als Beispiel für diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll hier das Urteil vom 15.1.1958 dienen[2]. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, daß eine Aufforderung zum geschäftlichen Boykott nicht gegen die "guten Sitten" im Sinne des § 826 BGB verstößt. Vielmehr könne ein Boykottaufruf durch Art. 5 GG als Meinungsäußerung gerechtfertigt sein. Das Grundgesetz wolle keine wertneutrale Ordnung sein. Es richte in seinem Grundrechtsabschnitt eine objektive Wertordnung auf, aus dem u.a. auch die Rechtsprechung Richtlinien und Impulse empfange. Auch bürgerlich-rechtliche Normen seien daher aus seinem Geiste auszulegen[3].

Auch § 826 BGB liefert der Rechtsprechung daher offenbar einen Rahmen, der sich durch von außen kommende Vorstellungen ausfüllen läßt. Die Besonderheit dieses Falles besteht darin, daß - anders als in den vorgenannten Fällen - diese Wertvorstellungen ihrerseits wieder auf positives (höherrangiges) Recht zurückzuführen sind.

---

1 cf. RG, Beschluß v. 13.3.1936 - V 184/35 - in RGZ 150, 1/4; dazu auch Rüthers, **S.** 2 f.

2 BVerfG, Urteil v. 15.1.1958 - 1 BvR 400/51 - in BVerfGE 7, 198/206 ff.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 III Rdnr. 132 ff.; a.A. zugunsten einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte: BAG, Urteil v. 10.5.1957 - 1 AZR 249/57 - in BAGE 4, 274/276 ff.

3 BVerfG, Urteil v. 15.1.1958 - 1 BvR 400/51 - in BVerfGE 7, 198/205 f.

IV. Gesetzesverdrängende Rechtsbildung ohne konkreten Ausgangspunkt in höherrangigem Recht

Nach dem gesetzesverdrängenden Richterrecht aufgrund höherrangigen Rechts[1], dem gesetzesvertretenden Richterrecht ohne konkreten Ansatz im positiven Recht[2] und dem gesetzesausfüllenden Richterrecht[3] soll als vierten Typus auf gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung eingegangen werden, soweit sie ohne Ausgangspunkt in höherrangigem Recht stattfindet.

1. Rechtsprechung im Steuerrecht

In der Judikatur der Finanzgerichte finden sich Beispielsfälle, in denen das positive Recht nicht nur fortgebildet, sondern ohne Ansatz in höherrangigem Recht umgebildet wurde. Nach § 1 III GrEStG hat die Vereinigung aller Anteile einer Gesellschaft, zu deren Vermögen Grundstücke gehören, in einer Person die Folge der Pflicht zur Entrichtung von Grunderwerbssteuer.

Der BFH hat mit Urteil vom 4.1.1962[4] den Erwerb von 98% der Gesellschaftsanteile dem Erwerb aller Anteile gleichgesetzt. Da 98% der Anteile eben nicht alle Anteile darstellen, bedeutet diese Rechtsprechung eine Entscheidung gegen den Wortlaut. Mit den "klassischen" Auslegungsmitteln, letztlich dem Zweck der Norm, läßt sich nicht erklären, warum auch die Zusammenfassung von weniger als allen Antei-

---

1 cf. oben S. 7 ff. und 190 ff.

2 cf. oben S. 199 ff.

3 cf. oben S. 226 ff.

4 BFH, Urteil v. 10.1.1962 - II 13/61 U - in BStBl 1962 III S. 133.

len die Grunderwerbssteuerpflicht nach sich ziehen soll. Insoweit führt auch der Aspekt der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" im Sinne des § 1 III StAnpG nicht weiter. Auch wirtschaftlich gesehen stellen 98% der Anteile nur den größten Teil, nicht aber alle Anteile dar. Man kann daher von Rechtsumbildung sprechen.

Die zwangsläufige Folge einer solchen Rechtsprechung ist in der Praxis eine Begrenzung von Gesellschaftsanteilen auf unter 98% in einer Hand. Hier zeigt sich die Problematik einer solchen Rechtsumbildung. Es liegt für die Rechtsprechung nahe, auch bei einem Erwerb von 97,5% aller Anteile die Grunderwerbssteuerpflicht zu begründen. Die Folge muß eine Rechtsunsicherheit bei den Steuerpflichtigen sein, die nicht mehr voraussehen können, wo hier die Grenze zur Steuerpflicht überschritten wird.

Als weiteres Beispiel einer Rechtsumbildung soll das Urteil des RFH vom 14.5.1930[1] zur Versteuerung von Gewinnen bei der Betriebsveräußerung dienen, falls als Entgelt ein Rentenanspruch eingeräumt wird. Als Veräußerungsgewinn ist gemäß den §§ 16, 34 EStG die Differenz zwischen der kapitalisierten Rente und dem Buchwert des veräußerten Unternehmens zu versteuern. Der RFH hat daneben und damit gegen diese gesetzliche Regelung eine zweite Möglichkeit zur Wahl gestellt:

Danach braucht der Steuerpflichtige anstelle der Sofortversteuerung einen eventuellen Veräußerungsgewinn erst dann zu versteuern, wenn die ihm zugeflossenen Rentenbeträge den Buchwert - das steuerliche Kapitalkonto - übersteigen. Begründet wird diese Wahlmöglichkeit mit dem Ziel einer "vernünftigen" Besteuerung.

---

1 RFH, Urteil v. 14.5.1930 in RStBl 1930, S. 580.

2. Die Rechtsprechung zum nicht rechtsfähigen Verein

Gemäß § 54 S. 1 BGB finden auf den nicht rechtsfähigen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Die Rechtsprechung hat dieser Entscheidung des Gesetzgebers die Gefolgschaft versagt[1].

Hier sollen als Ausschnitt dieser Rechtsprechung nur die Entscheidungen zur Haftung der Vereinsmitglieder genannt werden. Bei Anwendung des § 54 S. 1 BGB müßten die Vereinsmitglieder gemäß den §§ 709, 714, 427 BGB gesamtschuldnerisch für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten des nicht rechtsfähigen Vereins haften. Das RG[2] und ihm folgend der BGH[3] haben diese Rechtsfolge vermieden, indem sie die Vertretungsmacht und damit auch die Haftung der Mitglieder als stillschweigend abbedungen ansahen, auch wenn die Vereins-Satzung dafür keine Anhaltspunkte bot. Demzufolge haftete jedes Mitglied nur mit seinem Anteil am Vereinsvermögen, d.h. im Ergebnis haftete nur der Verein selbst.

Die Rechtsprechung hat demnach den § 54 S. 1 BGB umgebildet in etwa folgende Regelung: "Auf den nicht rechtsfähigen Verein finden die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein Anwendung, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht"[4]. Diese Umbildung ist - mit einer Ausnahme - ohne Berufung auf höherangiges Recht erfolgt und konnte auch - wenn man von der Ausnahme im Urteil des BGH zur aktiven Parteifähigkeit der Gewerkschaften und der dortigen Bezugnehme auf Art. 9 III GG absieht[5] - keine derartige konkrete Legitimation finden.

---

1 cf. oben S. 197 ff.

2 RG, Urteil v. 11.7.1914 - VI 111/14 - in RGZ 85, 256/260; RG, Urteil v. 18.1.1934 - IV 369/33 - in RGZ 143,212/215 f.

3 BGH, Urteil v. 11.7.1968 - VII ZR 63/66 - in BGHZ 50, 325/329.

4 cf. Habscheid, S. 375 ff.

5 cf. oben S. 197 ff.

D. Aktuelle Parallelen zu Art. 117 GG

Das Grundgesetz weist mit Art. 6 V GG eine Vorschrift auf, die der Norm des Art. 117 GG sehr ähnlich ist. Zwar enthält Art. 6 V GG - anders als Art. 117 GG - keine Zeitbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht hat aber in seiner Entscheidung vom 29.1.1969[1] die Einführung einer Zeitbestimmung nachgeholt, indem es dem Gesetzgeber eine letzte Frist zur Regelung des Rechtes des nichtehelichen Kindes bis zum Ablauf der fünften Legislaturperiode setzte. Das Bundesverfassungsgericht ist damit seiner eingangs zu Art. 117 GG genannten Rechtsprechung[2] treu geblieben, wonach es dem im Grundgesetz vorgeschriebenen Recht durchaus nicht an der erforderlichen Schärfe mangele. Vielmehr seien die grundgesetzlichen Regelungen so klar umrissen, daß sie eindeutige Ergebnisse ermöglichten und damit auch im Einzelfall justitiabel seien.

Parallelen zu Art. 117 GG finden sich aber auch außerhalb des formellen Verfassungsrechts. Insbesondere das neue Strafgesetzbuch bietet zahlreiche Beispielsfälle, in denen der Gesetzgeber - anders als letztenEndes zu Art. 6 V GG, den der Gesetzgeber durch das Gesetz vom 19.8.1969 realisierte - vor der zu regelnden Materie kapitulierte und ausdrücklich der Rechtsprechung und Literatur die Rechtsbildung überließ.

Hier soll die Novellierung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches herausgegriffen werden. Im Strafrecht war und ist seit langem umstritten, wonach die Strafbarkeit zu bestimmen ist, wenn die im Vorbereitungsstadium befindliche Tat für den einen Beteiligten ein Vergehen, für

---

1 BVerfG, Beschluß v. 29.1.1969 - 1 BvR 26/66 - in BVerfGE 25, 167/172 ff.

2 BVerfG, Urteil v. 18.2.1953 - 1 BvL 106/53 - in BVerfGE 3, 225/237 ff.

den anderen Beteiligten ein Verbrechen ist. Angesichts des Meinungsstreits sah sich der Gesetzgeber außerstande, selbst eine klare Lösung anzubieten. Die Entscheidung blieb daher - wie bisher - ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen[1].

Ebenfalls ausdrücklich der Rechtsprechung überantwortet wurde die Rechtsbildung in der Frage, ob beim Unterlassen wie beim aktiven Tun zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden ist. Die neue Vorschrift des § 13 StGB erklärt nur allgemein das Unterlassen unter bestimmten Voraussetzungen für strafbar. Auch hier erklärte der Gesetzgeber, diese Rechtsfrage nicht selbst lösen und damit den Gerichten überlassen zu wollen[2].

Dasselbe gilt für die Fassung des § 32 StGB, des Notwehrrechts. In dieser Vorschrift ist der Begriff der "Gebotenheit" der Notwehrhandlung aufgenommen worden. Bei dieser Formulierung handelt es sich letztlich um eine Leerformel[3]. Damit hat der Gesetzgeber die Ausarbeitung der Schranken des Notwehrrechts der Rechtsprechung und Literatur überlassen. Eine genauere gesetzliche Fassung war wohl auch angesichts der zahlreichen, in diesem Zusammenhang bestehenden Streitfragen gar nicht möglich[4].

Vor ähnliche Probleme sah sich der Gesetzgeber bei der Regelung des "rechtfertigenden Notstandes" gestellt. Hier erfolgte in Gestalt des neuen § 34 StGB insoweit eine Teilregelung, als der zuvor von Rechtsprechung und Literatur entwickelte sogenannte "übergesetzliche rechtfertigende Notstand" positives Recht wurde. Dagegen unterblieb eine

---

1 So der Sonderausschuß in BT-Drucksache V/ 4095 S. 13.

2 cf. Sonderausschuß in BT-Drucksache 4095, S. 8.

3 So schon der Alternativ-Entwurf, 2. Aufl., 1969, S. 51.

4 cf. Henkel, S. 273; Begründung zu § 14 des Alternativ-Entwurfs, S. 51.

Regelung der sogenannten "Pflichtenkollision". Auch insoweit überließ der Gesetzgeber die Rechtsbildung den Gerichten, weil er sich selbst zu einer entsprechenden Regelung außerstande sah[1].

Ähnlich liegt es auch bei der Vorschrift des § 13 StGB. Die Norm enthält zwar das Erfordernis einer Garantenstellung. Die Voraussetzungen einer Garantenstellung sind im Gesetz hingegen nicht umschrieben. Auch in diesem Punkt kapitulierte der Gesetzgeber. Es erschien ihm unmöglich, "die einzelnen Entstehungsgründe der Handlungspflicht in einer sachgemäßen und erschöpfenden Weise gesetzlich festzulegen". Die Zeit für eine sachgemäße gesetzliche Regelung der Problematik war noch nicht reif[2].

E. Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Rechtsbildung

Die bisher skizzierte Praxis richterlicher Rechtsbildung wäre - mit Ausnahme der gesetzesverdrängenden Rechtsbildung ohne Ansatz in höherrangigem Recht[3] - verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die aktuelle verfassungsrechtliche Situation mit dem § 1 des ersten Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches identisch wäre. Darin hieß es:"Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend". Diese Vorschrift ist dann später als selbstverständlich und daher überflüssig gestrichen worden.

1cf. Begründung zu § 39 des E 1962, S. 159.
2cf. BT-Drucksache V/ 4095, S. 8.
3cf. oben S. 235 ff.

Mit dieser Anknüpfung soll der Blick nicht dafür verstellt werden, daß mit dem Gesetz, den überpositiven fundamentalen Rechtsgrundsätzen und dem Richterrecht die anerkannten Rechtsquellen bei weitem nicht erschöpfend aufgezählt sind. Im Zivilrecht, das hier im Mittelpunkt steht, dominieren allerdings das Gesetz und mit zunehmendem Alter insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuches die richterliche Rechtsbildung.

Anders verhält es sich im Öffentlichen Recht. Hier wirken die verschiedensten Rechtsquellen zusammen. Neben dem Gesetz und dem Richterrecht spielen fundamentale überpositive Rechtsgrundsätze, verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, Gewohnheitsrecht, Rechtsverordnungen, Satzungen und Rechtsvereinbarungen eine erhebliche Rolle[1].

Das Interesse soll hier jedoch weiterhin dem Verhältnis der beiden Rechtsquellen des Gesetzes einerseits und der richterlichen Rechtsbildung andererseits gelten.

I. Gesetzesverdrängende Rechtsbildung anhand höherrangigen Rechts

Zunächst soll hier auf die Verfassungsmäßigkeit gesetzesverdrängender Rechtsbildung anhand höherrangigen Rechts eingegangen werden, so wie sie sich etwa in den Entscheidungen zu den Art. 3 II, 117 GG, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zur aktiven Parteifähigkeit der Gewerkschaften dargestellt hat[2].

---

1 Kirchhof, S. 53 ff.; Ossenbühl in Erichsen/Martens, S. 61 ff.; Wolff/Bachof , § 25.

2 cf. oben S. 7 ff., 190 ff.

1. Die Bindung an "Gesetz und Recht" gemäß Art. 20 III GG

Das Bundesverfassungsgericht zog in seinem Beschluß vom 14.2.1973[1] zur Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechung des BGH zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht[2] den Art. 20 III GG heran. Da es auch hier im Kern um die Rechtsumbildung aufgrund höherrangigen Rechts geht, soll zunächst erörtert werden, inwieweit Art. 20 III GG eine Grenzziehung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung ermöglicht.

Nach Art. 20 III GG ist die Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" gebunden. Geht man vom Wortsinn aus, so ließen sich unter "Gesetz" die in einem formellen Gesetzgebungsverfahren entstandene Norm, unter "Recht" alle übrigen Rechtsquellen verstehen[3]. Bedenkt man die geschichtliche Situation, in der Art. 20 III GG entstand, so wird deutlich, daß die Begriffe "Gesetz und Recht" aus der Erfahrung der nationalsozialistischen Vergangenheit heraus keine gleichrangigen Rechtsquellen meinen. Es liegt nahe, das "Recht" als Oberbegriff und - bei rechtswidrigen Gesetzen - als formelles Gesetz derogierend zu interpretieren. Gesetze sind eben nicht allein deswegen wirksam, weil sie positiviert sind[4].

Demnach handelt es sich bei dem in Art. 20 III GG verwendeten Begriffspaar weder um eine bloße Tautologie[5], noch um eine bloße Umschreibung von geschriebenem und ungeschrie-

---

1 BVerfG, Beschluß v. 14.2.1973 - 1 BvR 112/65 - in NJW 1973, 1221/1225.

2 cf. oben S. 195 ff.

3 cf. erheblich enger Roellecke, S. 9 f. u. 34 ff.: "Als 'Recht' i.S. des Art. 20 III GG gilt also das Grundgesetz"; ähnlich Starck, S. 49.

4 cf. Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 72; Wernicke in BK, Art. 20, Erl. II 3 e.

5 a.A. Jahrreiß, S. 3 ff.

benem Recht[1], noch um verschiedene Elemente eines in Art. 97 GG enthaltenen Oberbegriffs[2]. Gegen die letzte Auffassung spricht schon, daß Art. 79 III GG der Norm des Art. 20 GG eine höhere Qualität einräumt als der des Art. 97 GG. Die Annahme einer bloßen Tautologie liegt solange fern, wie sich gute Gründe dafür finden lassen, daß der Verfassungsgesetzgeber bei der Formulierung mehr als nur die Anhäufung von Begriffen gleicher Bedeutung beabsichtigt hat.

Diese Auslegung wird bestätigt durch die - u.a. in den Art. 1 III, 20 III, 79 III GG - verfassungsrechtlich vorgezeichnete Normenpyramide innerhalb der staatlichen Rechtssätze. Daraus folgt, daß die Rechtsprechung nicht nur befugt, sondern gezwungen ist, einfaches formelles Gesetz nicht anzuwenden, falls dieses mit höherrangigem Recht kollidiert. Der organisatorische Ablauf einer solchen Prüfung ist dabei in Art. 100 I GG beschrieben[3].

Die an höherrangigem Recht orientierte, gesetzesverdrängende Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zu § 50 II ZPO ist mithin verfassungsrechtlich vorgezeichnet und daher unproblematisch bis zu dem Punkt der Verwerfung des formellen Gesetzes als mit einer höherrangigen Norm nicht vereinbar. Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob die Verwerfung nur durch das Bundesverfassungsgericht erfolgen oder bei "vorkonstitutionellem" Recht von allen Gerichten vorge-

---

1 So aber Bettermann, S. 531 ff.; gegen diese Auffassung auch Forsthoff, Binding, S. 44.

2 So aber v. Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VI 4 f.

3 cf. unten S. 254 f.

nommen werden kann[1]. Entscheidend ist vielmehr, daß jedenfalls eine Verwerfung zu erfolgen hat, egal in welchen gerichtlichen Verfahren sie institutionalisiert ist.

Erst der nächste Schritt von der bloßen Verwerfung - entweder incidenter oder durch das Bundesverfassungsgericht - der Norm als verfassungswidrig zur Bildung neuen Rechts könnte verfassungsrechtlich nicht mehr so eindeutig legitimiert sein.

Hier ist wieder auf Art. 20 III GG zurückzukommen. Oben[2] wurden bereits verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zu Art. 20 III GG angedeutet und zum Auslegungsstreit Stellung genommen. Fraglich ist, inwieweit Art. 20 III GG positiv eine Legitimation zur richterlichen Rechtsbildung entnommen werden kann. Soweit dies in spekulativer Weise bejaht wird[3], legen die Interpreten zuvor das in die Norm des Art. 20 III GG hinein, was sie anschließend daraus wieder herauslesen wollen[4]. Das gilt auch für den Versuch, den Begriff des "Rechts" dann, wenn es an einem positiven Gesetz fehlt, als die Summe aller Regeln zu deuten, die zur Rechtsfortbildung entwickelt wurden[5].

Derartige Ausdeutungen des Art. 20 III GG sind nur aus einem bestimmten, aus der Norm selbst nicht zu begründenden Vorverständnis plausibel.

Art. 20 III GG hat insoweit aber nur eine negative Auslesefunktion. Er versperrt ein Verständnis des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung, wonach der Gesetzgeber

---

1 cf. unten S. 254 f.

2 cf. oben S. 241 f.

3 cf. Darmstaedter, S. 771, der den Gehalt der Bindung der Rechtsprechung an das nicht positivierte "Recht" im Sinne Kants interpretieren will.

4 Ähnlich Ipsen, S. 119.

5 So aber Schnorr, S. 131.

nur für die Gerichte unverbindliche Lösungsvorschläge macht und damit ausschließlich der Rechtsprechung die Rechtsbildung überlassen ist. Der Begriff der "Bindung" an Gesetz und Recht schließt eine solche Auslegung aus.

Daher erscheint auch der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14.2.1973[1] zumindest mißverständlich. Dort wird ausgeführt, Art. 20 III GG verlange kein Kleben am Wortlaut des Gesetzestextes. Im übrigen sei der Richter bei der Gesetzesanwendung um so freier, je älter das Gesetz sei und je mehr Wandel in den gesellschaftlichen Verhältnissen und den Überzeugungen der Bevölkerung vor sich gegangen sei. Dieser Ausführung hätte es nicht bedurft, da die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus den Art. 1 und 2 I GG legitimiert ist. Dagegen erscheint es höchst fragwürdig, die Gerichte zur Auslegung gegen den klaren Wortlaut - hier des § 253 BGB - und damit zur Rechtsumbildung aufzufordern, ohne die Orientierung an den Art. 1 und 2 II GG in den Vordergrund zu rücken. Es ist schwerlich erkennbar, inwiefern der bloße Wandel in den gesellschaftlichen Verhältnissen und in der Überzeugung der Bevölkerung als solcher bereits mit dem "Recht" im Sinne des Art. 20 III GG identifiziert werden könnte.

Richtiger Ansicht nach läßt sich aus Art. 20 III GG nur ableiten, daß die Rechtsprechung die Gesetze anzuwenden hat, soweit sie nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Zur Legitimation der Gerichte für eine Rechtsbildung in Bereichen, in denen infolge einer Kollision mit höherrangigem Recht keine gesetzlichen Regelungen bestehen, besagt Art. 20 III GG hingegen nichts[2].

---

1 BVerfG, Beschluß v. 14.2.1973 - 1 BvR 112/65 - in NJW 1973, 1221/1225.

2 cf. Ipsen, S. 119 ff.; Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Rdnr. 72.

2. Die Gewaltenteilung gemäß Art. 20 II 2 GG

Art. 20 II 2 GG spricht das Prinzip der "Gewaltenteilung" nicht aus, deutet es aber durch die Aufzählung der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung an. Zum Verhältnis dieser Gewalten zueinander sagt die Norm jedoch nichts.

Auch eine historische Interpretation hilft hier nicht weiter[1]. Die Gewaltenteilungslehre läßt sich bis auf Aristoteles und Montesquieu zurückführen[2]. Montesquieu wollte die drei Staatsgewalten - Legislative, Exekutive und Judikative - auf die politischen Gewalten seiner Zeit - König, Adel und Volk - verteilen. Die Exekutive sollte der König ausfüllen. Die Legislative sollte von allen drei genannten Staatsträgern und die Judikative durch aus dem Adel oder Bürgertum gewählte Richter ausgeübt werden.

Wie wenig dieses historische Vorbild hergibt, folgt schon daraus, daß keine der Staatsgewalten Montesquieus ihrem Umfang nach mit den durch die heutigen Begriffe umschriebenen Funktionsträgern vergleichbar sind. Mit dem "pouvoir judicatif" war nur die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit gemeint, der die Legislative die Entscheidungsmaßstäbe an die Hand zu geben hatte. Von einer Verfassungs-, Verwaltungs-, Finanz- oder Sozialgerichtsbarkeit war damals nicht die Rede. Vor allem aber schwebte Montesquieu eine doch relativ klare Aufgabenteilung vor - wenn auch mit Unschärfen und Überschneidungen wie etwa durch die Mitwirkung des Monarchen bei der Gesetzgebung.

---

1 cf. dazu Imboden, S. 13; Kägi, S. 159; Leisner, S. 405 f. Peters, S. 8 f.

2 Montesquieu, Buch XI Kap. 6.

An die Stelle einer solchen auch nur einigermaßen deutlichen Trennung der Gewalten hat das Grundgesetz ein System der "checks and balances" in Form einer Gewaltenverschränkung und -ver-flechtung gesetzt. Hier seien nur genannt: Das Recht der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen, Art. 80 GG, das Budgetrecht der Parlamente, Art. 110 GG, das Mitspracherecht der Regierung bei kostenverursachenden Gesetzen, Art. 113 GG, der Grundsatz, daß über den Friedensschluß durch Gesetz entschieden wird, Art. 115 l III GG, das konstruktive Mißtrauensvotum gemäß Art. 67 GG, die Aufhebung von Maßnahmen der Verwaltung durch die Verwaltungsgerichte, § 113 I VwGO und die negative Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 31 BVVG. Demnach gibt es keine klare Abgrenzung der Staatsgewalten nach Sachgebieten. Alle drei Gewalten werden vielmehr auf allen Gebieten tätig. Die in Art. 21 GG garantierte Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbildung führt zu einer weiteren Verschränkung der staatlichen Gewalten.

Dementsprechend wird auch versucht, die Gewaltenteilung nicht als Trennung nach Sachgebieten, sondern als funktionale Trennung zu interpretieren[1]. Gewaltenteilung ist danach Gewaltenhemmung, Machtbegrenzung und gegenseitige Kontrolle. Eine so verstandene Gewaltenteilung entspricht jedenfalls der angedeuteten Durchdringung aller Sachbereiche durch alle Staatsgewalten.

Angesichts dieser gegenseitigen Verfilzung der Gewalten kann man bestenfalls versuchen, jeder Gewalt einen ihr eigenen, unantastbaren "Kernbereich" zuzuweisen[2]. Die Gewalten lassen sich jedoch nicht einmal durch ihre Handlungs-

---

1 cf. Billing, S. 102; Imboden, S. 11; Küster, S. 401; Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 78; Peters, S. 6 ff.; W.Weber, S. 162 f.

2 cf. BVerfG, Urteil v. 27.4.1959 - 2 BvF 2/58 - in BVerfGE 9, 268/280; BVerwG, Urteil v. 29.10.1958 - V C 88.56 - in BVerwGE 7, 294/295; Kägi, S. 164; Küster, S. 412; Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 81; v. Mangoldt Klein, Art. 20 Anm. V 5 b.

mittel voneinander abgrenzen. So kann der Gesetzgeber individuell-konkrete Maßnahmen treffen[1], die Exekutive kann gemäß Art. 80 GG und entsprechender Vorschriften in den einzelnen Landesverfassungen generell-abstrakte Rechtsverordnungen erlassen und die Judikative vermag über § 31 BVGG negative Gesetzgebung zu betreiben. So sind denn auch die etwa bei Maunz-Dürig[2] anzutreffenden Beschreibungen der "Kernbereichstheorie" durch die Begriffe der "Intention", "Intensität" und "Quantität" für die hier anstehende Abgrenzung von Gesetzgebung und Rechtsprechung unbrauchbar, weil im konkreten Einzelfall zu unscharf.

Es verwundert daher nicht, daß das Bundesverfassungsgericht bisher noch keinen Fall richterlicher Rechtsbildung als verfassungswidrig verworfen hat. In der eingangs erwähnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.12. 1953[3] zu den Art. 3 II, 117 GG wurde der Vollzug einer Verfassungsnorm ohne genaue positive gesetzliche Regelung als mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar bezeichnet. In dem neuen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14.2.1973[4] zur Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ging man auf das Prinzip der Gewaltenteilung überhaupt nicht ein. Diese Rechtsprechung ist beredter Ausdruck der Tatsache, daß sich das Prinzip der Gewaltenteilung zwar beschreiben läßt. Bei der konkreten Frage der verfassungsrecht-

---

1 Durch Art. 19 I 1 GG nur beschränkt, aber nicht ausgeschlossen, cf. Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 93 ff.

2 cf. Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 81.

3 BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - in BVerfGE 3, 225/247 f.

4 BVerfG, Beschluß v. 14.2.1973 - 1 BvR 112/65 in NJW 1973, 1221.

lichen Zulässigkeit richterlicher Rechtsbildung erweist sich das Prinzip jedoch als unpräzise und als Entscheidungskriterium hier nicht brauchbar[1].

Der in Art. 20 II 2 GG angedeutete Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung kann schließlich auch nicht dadurch zum griffigen Gradmesser zulässiger richterlicher Rechtsbildung werden, daß man dem Prinzip neben der Gewaltenhemmung und -kontrolle noch die Aufgabe der Garantie einer Funktions- und Verantwortungsklarheit und funktionsgerechten Organstruktur beimißt[2]. In der hier interessierenden Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit richterlicher Rechtsbildung wird dazu argumentiert, die Gerichte vermöchten die Aufgabe der Gesetzgebung nicht zu erfüllen[3]. Die Folgerung, daß daher der Auftrag der Rechtsetzung nur sachgerecht vom Gesetzgeber wahrgenommen werden könne, bringt in Wahrheit die Grenzziehung richterlicher Rechtsbildung keinen Schritt weiter. Im übrigen beruht der theoretische Ansatz dieser weiteren Funktion des Prinzips der Gewaltenteilung teils auf einer "pepitio principii", teils wird er von der Praxis widerlegt. Vor der Feststellung, die Gerichte vermöchten die Aufgaben der Gesetzgebung nicht zu erfüllen, ist gerade die hier interessierende Frage zu beantworten, was Aufgabe der Gesetzgebung und was Aufgabe der Rechtsprechung ist.

Die oben[4] dargelegte Praxis des Gesetzgebers, den Gerichten die Rechtsbildung beispielsweise auf den Gebieten des Verwaltungsrechts, Arbeitsrechts, Strafrechts usw. zu überlassen, widerlegt die These, es gebe eine verfassungsrechtlich genau zu bestimmende, funktionsgerechte Aufteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, die beispiels-

---

1 cf. Achterberg, S. 178 u. 189 ff.; Brüggemann, S. 167: Gewaltenteilung ist nur ein Richtungsbegriff.

2 cf. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 79 ff.; Hesse, Grundzüge, S. 196; Küster, S. 403; Schlüter, S. 13 ff.

3 Hesse, Grundzüge, S. 196.

4 cf. oben S. 199 ff. und 238 ff.

weise primär oder gar ausschließlich dem Gesetzgeber die Rechtsbildung zuweise. Die ausdrückliche Kapitulation des Gesetzgebers z.B. vor der Regelung bestimmter Fragen des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches[1] belegt, daß es "den Sachbereich" des Gesetzgebers, den dieser funktionsgerechter als die Rechtsprechung auszufüllen vermöchte, nicht gibt.

Auch das Beispiel Schlüters[2], wenn sich der Bundestag durch Gesetz Rechtsprechungsfunktionen zuweise, ordne Art. 92 GG diese eindeutig den Gerichten zu, belegt nur die Unbrauchbarkeit dieses Ansatzes in der hier vorliegenden Frage[3]. Zum einen ist der Rechtsprechungsbegriff funktionell streitig, so daß die Bestimmung von Rechtsprechungs-Funktionen schon schwierig erscheint. Dann sind dem Bundestag aufgrund der Möglichkeit der Einsetzung von Untersuchungsausschüssen durch die Verweisung auf die StPO rechtsprechungsähnliche Befugnisse zugewiesen. Vor allem aber läßt sich ein ähnliches - scheinbar - einleuchtendes Beispiel in der umgekehrten Richtung einer richterlichen Rechtsbildung zu Lasten des Gesetzgebers nicht denken angesichts der dargelegten Tendenzen des Gesetzgebers[4], sich aus weiten Regelungsfeldern einfach herauszuhalten, weil er zur Arbeit der Rechtsprechung mehr Vertrauen hat als zur eigenen.

3. Die Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 IV GG

Es erscheint fraglich, ob sich aus Art. 19 IV GG etwas für die Grenzen richterlicher Rechtsbildung herleiten läßt. Art. 19 IV GG gehört im weiteren Sinne in den beim Prinzip der Gewaltenteilung beschriebenen Sachzusammenhang der

---

1 cf. oben S. 238 ff.
2 cf. Schlüter, S. 14.
3 a.A. Ipsen, S. 134.
4 cf. oben S. 190 ff., 199 ff., 238 ff.

"checks and balances". Gerade die Rechtsweggarantie bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt gewährleistet die Absicherung der Freiräume des einzelnen. Art. 19 IV GG gehört insoweit in einen Regelungsbereich mit den Art. 93 und 100 GG. Die Gewaltenkontrolle ist damit vor allem den Gerichten zugewiesen, deren Funktionen gegenüber der Weimarer Reichsverfassung erheblich verstärkt wurden[1].

Für die Frage der Grenzen richterlicher Rechtsbildung im Vergleich zum Gesetzgeber ließe sich aus Art. 19 IV GG aber nur dann mehr als aus dem Prinzip der Gewaltenteilung herleiten, wenn der in Art. 19 IV GG verwendete Begriff der "öffentlichen Gewalt" auch den Gesetzgeber meinen würde und die Gerichte durch Art. 19 IV GG damit auch zum Schutz des einzelnen gegenüber dem Gesetzgeber aufgerufen wären[2].

Der Bedeutungsgehalt des Begriffes der "öffentlichen Gewalt" im Sinne des Art. 19 IV GG ist teilweise umstritten. Weitgehende Einigkeit herrscht darüber, daß Art. 19 IV GG Rechtsschutz durch den Richter, aber nicht gegen den Richter gewährleistet[3].

Streitig ist hingegen, ob auch die Rechtssetzung dem Begriff der "öffentlichen Gewalt" gemäß Art. 19 IV GG unterfällt[4].

---

1 cf. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Rdnr. 6; Jahrreiß, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, S. 33.

2 cf. dazu Göbner, S. 169; Lorenz, S. 162 ff.; Werner, S. 2 ff.; ferner die Zitate unten in Fußnote 4.

3 cf. BFH, Urteil v. 7.4.1954 - II 97/53 S - in BStBl 1954 III S. 165/166; OLG Hamburg v. 22.1.1954 in MDR 1954, 554/555; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Rdnr. 17; Friesenhahn, S. 481; v. Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. VII 2c; Wernicke in BK, Art. 19, Erl. II 4e; a.A. v. d. Heydte, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 8, S. 163.

4 Bejahend u.a. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Rdnr. 18; Lerche, S. 627; Wernicke in BK, Art. 19, Erl. II 4e; verneinend u.a. BVerfG, Urteil v. 25.6.1968 - 2 BvR 251/63 - in NJW 1968, S. 1467/1469 f.; LVG Rheinland-Pfalz v. 12.10.1950 in JZ 1951, 372/373; v. Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. VII 2d; Obermayer, S. 37 ff.

Vom Wortlaut her läßt sich hier nichts für die eine oder andere Auffassung gewinnen: Der in § 90 BVGG und nun auch in Art. 93 I Ziffer 4a GG verwendete Begriff erfaßt dort nach allgemeiner Ansicht alle drei Staatsgewalten[1]. Hingegen wird bei Art. 19 IV GG - wie dargestellt - weitgehend unstreitig die Rechtsprechung ausgenommen und darüber gestritten, ob die Gesetzgebung einzubeziehen ist. Uneinig ist man sich im Kern darüber, ob die Nachprüfung staatlicher Gesetze in Art. 93 I und 100 I GG abschließend geregelt ist[2] oder ob Art. 19 IV GG einen über die Art. 93 I, 100 GG hinausgehenden, umfassenden Individualrechtsschutz auch gegen den Gesetzgeber gewährleistet[3].

Auf diesen Streit kommt es hier jedoch nicht an. Selbst wenn man der weitergehenden Auffassung folgen wollte, wonach Art. 19 IV Rechtschutz auch gegen den Gesetzgeber garantiert, würde dies nur implizieren, daß die Gerichte nicht nur incidenter, sondern ganz allgemein zum Rechtsschutz gegenüber Rechtsnormen angerufen werden könnten. Das würde aber nur bedeuten, daß die gerichtliche Überprüfung der Rechtsnormen in ein früheres Stadium verlagert würde; denn spätestens dann, wenn der einzelne zum Adressaten einer konkreten, auf der Norm beruhenden Maßnahme wird, sind die Gerichte unstreitig im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung zur Kontrolle der Norm aufgerufen. Der weitere Gang einer solchen Prüfung ist aber wieder durch Art. 100 I GG vorgezeichnet.

Keine der vorgenannten Meinungen zum Begriff der "öffentlichen Gewalt" im Sinne des Art. 19 IV GG vermag daher dem Bereich richterlicher Rechtsbildung verfassungsrechtlich klare Konturen zu geben[4].

---

1 cf. zu § 90 BVGG Schmidt-Bleibtreu in Maunz-Sieglock-Schmidt-Bleibtreu-Klein, § 90, Rndr. 68 m.w.N.

2 So Hesse, S. 90 u. 99.

3 cf. Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Rdnr. 18.

4 So im Ergebnis auch Ipsen, S. 125 f.

4. Die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gemäß Art. 1 III GG

Art. 1 III GG ist in seiner Formulierung nur vor dem Hintergrund der Weimarer Reichsverfassung verständlich. Unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung war streitig, inwieweit die Grundrechte vollziehbares, bindendes Recht waren. Die damals herrschende Meinung sah in ihnen überwiegend nur unverbindliche Programmsätze, die vom einfachen Gesetzgeber relativiert werden konnten[1]. In bewußter Abkehr von dieser Verfassungstradition entschied sich der Verfassungsgesetzgeber 1949 für einen alle staatlichen Gewalten bindenden Grundrechtskatalog.

Die Problematik dieses Geltungsbefehls des Art. 1 III GG ist bei der obigen Untersuchung der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG deutlich geworden. Die wenig präzise Fassung der Grundrechte führt zu einer deutenden inhaltlichen Konkretisierung durch die Rechtsprechung[2]. Ein weiteres Beispiel dafür bietet die Interpretation des Art. 12 I GG durch das Bundesverfassungsgericht[3]. Die klassischen Auslegungskriterien des Wortlauts, des Sprachsinns, des systematischen Zusammenhangs und des Normzwecks waren für eine Auslegung des Art. 12 I GG unbrauchbar. Die Entwicklung der "Stufenlehre" durch das Bundesverfassungsgericht zu Art. 12 I GG ist daher auch nicht aus einer klassischen Normauslegung, sondern nur aus einem bestimmten Staats- und Verfassungsverständnis heraus erfolgt. Dieser Zusammenhang von Grundrechtsinterpretation und Staatsverständnis, d.h. Grundrechtstheorie soll hier nicht vertieft werden[4]. Deutlich ist jedenfalls, daß die Grundrechtsinterpretation der Rechtsprechung die Tür weit öffnet für die

---

1 cf. Anschütz, S. 514 ff.; C. Schmitt, S. 598 f.; derselbe, Verfassungslehre, S. 175 ff.

2 cf. Esser, Grundsatz und Norm, S. 76 ff.

3 BVerfG, Urteil v. 11.6.1958 - 1 BvR 596/56 - in BVerfGE 7, 377/397 ff.

4 cf. dazu Böckenförde, S. 1529 ff.

Einbringung divergierender Vorverständnisse.

Andererseits darf nicht übersehen werden, daß § 31 BVGG die Grundrechtsauslegung des Bundesverfassungsgerichts für alle anderen Staatsgewalten, also auch für die Rechtsprechung verbindlich erklärt[1]. Die Grundrechtsauslegung ist damit zwar nicht beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert, aber doch an seine Rechtsprechung angebunden. Dieser Auftrag zur verbindlichen Verfassungsinterpretation ist nur eine Fortentwicklung der alleinigen Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts, nachkonstitutionelles Recht als verfassungswidrig gemäß Art. 100 I GG zu verwerfen[2]. Die damit im Grundrechtsbereich primär dem Bundesverfassungsgericht und nachrangig im übrigen auch allen anderen Gerichten zufallende Rechtsbildung bedeutet demnach eine Erweiterung richterlicher Rechtsbildung zu Lasten des einfachen Gesetzgebers.

Andererseits werden die zu interpretierenden Normen nach wie vor vom Gesetzgeber - wenn auch vom verfassungsgebenden Gesetzgeber - vorgegeben. Art. 1 III GG bedeutet demnach zwar - gemessen an der Weimarer Reichsverfassung - einen Zuwachs an relativ freier Rechtsfindung insbesondere zugunsten des Bundesverfassungsgerichts aufgrund der Art. 1 III, 100 I GG und des § 31 BVGG. Art. 1 III GG ist andererseits aber auch nur Ausdruck des Primates des (Verfassungs-)Gesetzgebers und der Normenpyramide innerhalb des staatlichen Rechts[3]. Mithin werden hier Geltungsgrenzen richterlicher Rechtsbildung deutlich. Richterrecht findet seine Grenze in höherrangigem Recht.

Dagegen liefert Art. 1 III GG keine Anhaltspunkte für die Grenzen richterlicher Rechtsbildung im Verhältnis zum ein-

---

1 cf. Maunz in Maunz-Siegloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, § 31, Rdnr. 11 ff.

2 cf. unten S. 255 ff.

3 cf. oben S. 241 ff.

fachen Gesetzgeber[1].

5. Die Verwerfungskompetenz der Rechtsprechung gemäß Art. 100 I GG

Ausgangspunkt der Betrachtungen war die Analyse der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG. Dazu wurde festgestellt, daß die Rechtsprechung bis zu dem Punkt der Bejahung der jeweiligen Norm als mit den Art. 3 II, 117 GG vereinbar oder bis zu ihrer Verwerfung als mit den Art. 3 II, 117 GG unvereinbar, durch die Art. 1 III, 100 I GG vorgezeichnet war[2].

Dasselbe galt für die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zu § 50 II ZPO[3].

Allerdings ist diese Befugnis der Gerichte zur Verwerfung bzw. Nichtanwendung[4] von Normen als verfassungswidrig nicht unbestritten[5]. Das Bundesverfassungsgericht differenziert: Danach hat jedes Gericht die Verwerfungskompetenz, soweit es sich um "vorkonstitutionelles" Recht handelt[6]. Zwar ist dies - ebensowenig wie das Gegenteil - nicht dem Wortlaut des Art. 100 I GG zu entnehmen. Der Zweck des Art. 100 I GG besteht jedoch darin, die Autorität des Gesetzgebers gegen-

---

1 Ähnlich wohl auch Ipsen, S. 124; anders Göldner, S. 31 u. 181.

2 cf. oben S. 190 ff.

3 cf. oben S. 195 ff.

4 Die Rechtsprechung hat den § 253 BGB nie für verfassungswidrig erklärt. Die Nichtanwendung dieser Norm im Bereich des immateriellen Schadensersatzes in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommt aber letztlich der Verwerfung der Vorschrift in diesem Teilbereich ihres Anwendungsfeldes als verfassungswidrig gleich; cf. dazu auch oben S. 195 ff.

5 Keinen Unterschied zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht wollen beispielsweise machen: Hesse, Grundzüge, S. 269 f.; Ipsen, S. 164 f.

6 cf. BVerfG, Urteil v. 24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - in BVerfGE 2, 124/128 ff.

über den Gerichten zu wahren[1]. Der Wille des Gesetzgebers kann sich aber grundsätzlich nur in "nachkonstitutionellen" Gesetzen[2] niederschlagen. Jedes Gericht hat daher die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit "vorkonstitutioneller" Gesetzes selbst zu treffen[3].

Dabei mag man kritisieren, daß das Bundesverfassungsgericht die Kassation "vorkonstitutionellen" Rechts aus dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" ableitet[4]. Dies widerlegt jedoch nicht den richtigen Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach Art. 100 I GG die Autorität des Gesetzgebers gegenüber der Rechtsprechung zu verteidigen hat und sich die Intentionen des Gesetzgebers grundsätzlich nur in "nachkonstitutionellen" Gesetzen manifestieren.

Dies legitimiert die Gerichte zunächst nur bis zu dem Punkt der Verwerfung bzw. Nichtanwendung einer Norm als verfassungswidrig. Dennoch hat Art. 100 I GG zugunsten der Rechtsprechung weitergehende Wirkung. Der Verfassungsgesetzgeber muß sich bei der Abfassung dieser Vorschrift klar darüber gewesen sein, daß der richterliche Entscheidungsprozeß mit der eventuellen Kassation "nachkonstitutionellen" Rechts durch das Bundesverfassungsgericht oder "vorkonstitutionellen" Rechts durch die übrigen Gerichte nicht notwendig beendet ist. So konnte sich die Rechtsprechung bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 1300 BGB anhand der Art. 3 II, 117 GG mit der Anwendung oder Verwerfung und Nichtanwendung dieser Bestimmung begnügen, um den Rechtsstreit zu entscheiden. In vielen Regelungsbereichen reichte oder reicht die bloße Nichtanwendung einer für verfassungswidrig gehaltenen Norm zur Entscheidungsfindung jedoch nicht aus.

---

1 cf. BVerfG, Urteil v. 24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - in BVerfGE 2, 124/128 f.; BVerfG, Beschluß v. 17.1.1957 - 1 BvL 4/54 in BVerfGE 6, 56/65.

2 Zur Auslegung des Begriffs "nachkonstitutionell" cf. BVerfG, Beschluß v. 17.2.1957 - 1 BvL 4/54 - in BVerfGE 6, 56/65.

3 cf. Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Rdnr. 12.

4 cf. Ipsen, S. 164 ff.

So hatten die Gerichte, ausgehend von den Art. 3 II, 117 GG, darüber zu befinden

zu § 1354 BGB, wem bei Verneinung des väterlichen Entscheidungsrechts die Entscheidung zufallen sollte,

zu § 1355 BGB, welchen Namen die Ehegatten bzw. die Familie tragen sollten,

zu § 1357 I BGB, ob die Schlüsselgewalt nun beiden Ehegatten zufallen sollte mit welchen Rechtswirkungen,

zu § 1360 BGB, ob die Ehegatten einander ohne jeden Bedürftigkeitsnachweis oder nur bei Bedürftigkeit Unterhalt schuldeten,

zu § 1361 BGB, ob bei Trennung der Ehegatten die gegenseitige Unterhaltspflicht die Regel oder die Ausnahme sein sollte für den Fall, daß der Ehefrau eine Erwerbstätigkeit unzumutbar war,

zu den §§ 1363 ff. BGB, welcher gesetzliche Güterstand gelten sollte,

zu § 1387 BGB, unter welchen Voraussetzungen die Ehegatten einander einen Prozeßkostenvorschuß schuldeten,

zu § 1606 BGB, wie die Unterhaltshaftung der Eltern gegenüber ihren Kindern auszugestalten war[1].

Der Anteil von "Rechtsverweigerungslücken", d.h. von Lücken, die der Richter schließen muß, um überhaupt eine Regelung zu treffen, war hier also groß[2]. Dennoch hat der Gesetzgeber keine Regelung dahingehend erlassen, daß in derartigen Verfahren der Rechtsstreit auszusetzen ist, bis die Gesetzgebungskörperschaften an die Stelle der verworfe-

---

1 cf. oben S. 192 ff.

2 cf. Canaris, S. 140 ff.; Larenz, Rechtsfortbildung, S. 2.

nen Regelung eine neue gesetzt haben. Im Gegenteil beinhaltet die Vorschrift des Art. 100 I GG nur die Anordnung der Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nicht etwa auch noch bis zur Entscheidung des Gesetzgebers. Eine Regelung im letzteren Sinne wäre auch mit einem geordneten Justizbetrieb unvereinbar und käme für die Parteien einer Rechtsschutzverweigerung gleich. Man wird daher von einem "beredten" Schweigen des Gesetzgebers in Art. 100 I GG sprechen müssen, das die Rechtsprechung wie selbstverständlich zur Rechtsfindung verpflichtet, soweit eine Norm als verfassungswidrig entfallen ist, eine positive Neuregelung erforderlich ist und der Gesetzgeber nicht umgehend eine Ersatzregelung schafft.

Die Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zu § 50 II ZPO ist daher legitimiert aus Art. 100 I GG[1], wonach nur - bei "nachkonstitutionellem" Recht - eine Aussetzung bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in keinem Fall aber eine Aussetzung bis zur Entscheidung des Gesetzgebers zu erfolgen hat[2].

Daher kann es nicht darauf ankommen. ob die richterliche Rechtsbildung Teil einer breiten richterlichen Neuregelung ist - wie bei der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG - oder nur als Lösung von Einzelproblemen innerhalb einer ansonsten vom einfachen Gesetzgeber geregelten Rechtsmaterie stattfindet[3]. Die Bedenken gegen eine solche Rechtsbildung münden insbesondere in die auch zu den Art. 3 II, 117 GG geäußerten Befürchtung chaotischer Rechtsprechung

---

1 So im Ergebnis auch BVerfG, Beschluß v. 14.2.1973 - 1 BvR 112/65 - in NJW 1973, 1221/1225; Wiese, S. 37 ff.; a.A. Larenz, Rechtsfortbildung, S. 8.

2 a.A. etwa Hirsch, S. 340 ff.

3 a.A. wohl Coing, S. 341.

oder - nach Esser - in die "vielen Risiken und Opfer der Beteiligten" bis zur Auffindung der von den "Deformationen des Falldenkens allmählich befreiten Rechtsnorm"[1].

Diese Bedenken haben aber keine verfassungsrechtliche Qualität. Insbesondere gibt es kein verfassungsrechtliches Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Es existiert keine verfassungsrechtlich gesicherte Präjudizienbindung[2]. Die Risiken und Opfer der Beteiligten sind vielmehr Kennzeichen jeder richterlichen Rechtsfindung, die auf dem Hintergrund eines noch nicht ausgetragenen Auslegungsstreites stattfindet. Diese Risiken wohnen darüberhinaus jedem Prozeß, sogar jedem Rechtsstreit im Bereich einer sogenannten "ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung" inne. Jeder aktuell zu entscheidende Fall könnte der Anlaß zu einer Änderung dieser sogenannten "ständigen Rechtsprechung" werden[3].

Aus Art. 100 I GG läßt sich allerdings nur die - hier im Vordergrund stehende - gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung legitimieren, soweit sie durch den Fortfall verfassungswidrigen Gesetzesrechts notwendig wird.

---

1 cf. Esser, Grundsatz und Norm, S. 84.

2 cf. dazu auch unten S. 294 ff.

3 cf. unten S. 299 ; dazu auch Schneider, S. 705 ff.

II. Gesetzesvertretende Rechtsbildung ohne konkretem Ansatz in höherrangigem Recht

Die oben dargestellte, positives Recht vertretende richterliche Rechtsbildung im Bereich des Verwaltungsrechts, des Arbeitsrechts, der StPO, des Strafzumessungsrechts und des Steuerrechts[1] erfolgte ohne unmittelbarem Ansatz in höherrangigem Recht. Aus den vorgenannten Verfassungsnormen einschließlich des Art. 100 I GG läßt sich eine diesbezügliche Legitimation der Gerichte nicht unmittelbar herleiten.

Es sind auch keine weiteren Normen des formellen oder materiellen Verfassungsrechts ersichtlich, die darauf eine deutliche Antwort geben könnten. Auch Art. 92 I GG führt hier nicht weiter. Zwar ist danach die "rechtsprechende Gewalt" den Gerichten anvertraut. Es ist aber gerade die Frage, ob die hier angeführte Rechtsbildung - soweit sie ohne Einwirkung höherranigen Rechts erfolgt - der"Rechtsprechung" oder der Gesetzgebung zugewiesen ist. Daher kann der Vorschrift des Art. 92 I GG nicht mehr entnommen werden als dem Art. 20 II 2 GG. Der Grundsatz der Gewaltenteilung wurde aber gerade als für die Entscheidung der hier anstehenden Frage zu unscharf befunden[2]. Demnach hat die Befugnis der Rechtsprechung zur gesetzesvertretenden Rechtsbildung - soweit sie ohne konkretem Ansatz in höherrangigem Recht ist - im aktuellen Verfassungsrecht keine klare positive Regelung gefunden.

Fraglich ist, ob eine negative verfassungsrechtliche Regelung vorliegt, die diese richterliche Rechtsbildung ausschließt. Soweit es sich um gesetzesvertretende, d.h. um Rechtsbildung in Bereichen handelt, in denen der Gesetzgeber auf der Ebene des einfachen Gesetzes keine Bestimmungen getroffen hat - wie eben z.T. im Verwaltungsrecht[3], im Ar-

---

1 cf. oben S. 199 ff.
2 cf. oben S. 245 ff.
3 cf. oben S. 200 ff.

beitsrecht[1], im Strafprozeßrecht[2], im Steuerrecht[3], bis vor kurzer Zeit im Strafzumessungsrecht[4] und aktuell im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches[5] - gibt es jedoch keine negative verfassungsrechtliche Norm, die insoweit eine richterliche Rechtsbildung ausschließt.

Das gilt auch für den hier nicht vertieften Bereich der Gesetz- und Rechtsanalogie, in dem die Gerichte analogiefähige gesetzliche Vorschriften verallgemeinern und in ähnlichen Fällen anwenden. "Per definitionen" findet auch insoweit gesetzesvertretende Rechtsbildung statt, da die rechtsähnliche Anwendung die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes[6] voraussetzt.

Zwar kann in diesem Bereich der gesetzesvertretenden Rechtsbildung keine Anknüpfung an den Art. 100 I GG erfolgen, weil - wie in den oben skizzierten Regelungsfeldern des Verwaltungsrechts, Arbeitsrechts, Strafprozeßrechts usw. - Bestimmungen des einfachen Gesetzgebers von Anfang an nicht existierten. Dennoch ist im konkreten Rechtsstreit die Situation für den Rechtsanwendenden und die beteiligten Parteien identisch. Der Gesetzgeber bietet - ob nun von Anfang an oder aufgrund einer Kollision zwischen einfachem und höherrangigem Recht - keine positive Regelung an. Das zuständige Gericht hat nur theoretisch die Alternative, den Rechtsstreit bis zum Erlaß eines Gesetzes auszusetzen oder nach von ihm selbst zu entwickelnden oder von anderen Gerichten oder der Literatur bereits gefundenen, der Sachlage angemessenen Grundsätzen zu einem Urteil zu finden. Wie bei der Rechtsbildung nach der Verwerfung

---

1 cf. oben S. 207 ff.
2 cf. oben S. 212 ff.
3 cf. oben S. 218 ff.
4 cf. oben S. 214 ff.
5 cf. oben S. 238 ff.
6 cf. Larenz, S. 358.

einer Norm als verfassungswidrig ist das Gericht befugt, den Streit zu entscheiden. Dies folgt aus der Rechtsprechungs-Tradition bzw. daraus, daß weder das Verfassungsrecht noch das Verfahrensrecht gegenteilige Anordnungen treffen. Wenn die Verfassung also weder positiv noch negativ zu einer entsprechenden Kompetenz der Gerichte Stellung nimmt, liegt es nahe, den vor dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes bestehenden Rechtszustand heranzuziehen und zu prüfen, inwieweit die neue Verfassung Modifikationen vornehmen oder den alten Zustand übernehmen wollte.

Bereits vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes hat die Rechtsprechung jedoch - beispielsweise durch die Entwicklung der im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten Institute der "positiven Forderungsverletzung" und der "culpa in contrahendo" - in breitem Maße gesetzesvertretende richterliche Rechtsbildung betrieben in Bereichen, in denen der Gesetzgeber keine positiven Bestimmungen bereithielt. Das Bonner Grundgesetz enthält eine Aufwertung der Rechtsprechung - wie dargelegt u.a. in den Art. 19 IV, 20 II 2, 92, 97, 100 I GG - und keine Anhaltspunkte für eine Absage an eine richterliche Rechtsbildung dort, wo der Gesetzgeber (noch) nicht tätig geworden ist. Daraus ist zu folgern, daß der Verfassungsgesetzgeber insoweit jedenfalls nicht mit dieser Rechtsprechungs-Tradition brechen und den Gerichten diese Kompetenz belassen wollte.

Die Rechtsprechung bleibt in diesen durch den einfachen Gesetzgeber ungeregelten Bereichen aufgrund der Art. 1 III, 20 III GG in die Gesamtheit der Rechtsordnung, insbesondere in das höherrangige Recht eingebunden[1]. Der hier offenstehende Raum auf den Gebieten, in denen diese Gesamtheit der Rechtsordnung keine bestimmte Lösung in Form"einfachen"positiven Rechts eröffnet, ist dem richterlichen Regelungsermessen überlassen.

---

1 cf. Flume, S. 65 ff.

Die gesetzesvertretende Rechtsbildung im Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht, Strafprozeßrecht, Strafzumessungsrecht, Steuerrecht, Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches und überall sonst auf der Ebene des einfachen Gesetzes ist daher, soweit die Rechtsbildung nicht höherrangigem Recht, insbesondere den Grundrechten widerspricht, wirksam und verfassungsmäßig.

III. Die verfassungsrechtliche Lage hinsichtlich der gesetzesausfüllenden Rechtsbildung

Die Verfassungsmäßigkeit der gesetzesausfüllenden Rechtsprechung, die hier nur anhand der Judikatur zu einigen Generalklauseln angedeutet wurde, aber im Grunde bei jeder wertenden Gesetzesinterpretation stattfindet[1], ist ebenfalls aus der Rechtsprechungstradition zu begründen, mit der das Bonner Grundgesetz erkennbar[2] nicht brechen wollte.

Diese Tradition findet sich in den Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches, z.B. zu § 626 BGB, wo es heißt: "Welche Gründe als wichtig anzusehen sind, darf der richterlichen Würdigung überlassen werden"[3]. Ausdruck der Kontinuität dieser Überlieferung sind auch die Vorschriften der §§ 137 GVG, 11 IV VwGO, 45 II 2 ArbGG, 43 SGG, die die richterliche Aufgabe der Rechtsfortbildung nennen.

Tatsächlich läßt sich nicht nur bei den oben[4] geschilderten Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen fest-

---

1 cf. oben S. 226 f. u. unten S. 273.
2 cf. oben S. 261.
3 cf. Mugdan, II, 1899, S. 262.
4 cf. oben S. 226 ff.

stellen, daß dem Gesetzestext im Konfliktsfall nichts zu entnehmen ist[1]. Stellvertretend für diese in der ganzen Rechtsordnung vorherrschende Erscheinung sei hier der Betrugstatbestand gemäß § 263 StGB genannt. Erst eine Analyse der bisherigen Judikatur, der aktuellen Praxis und ihrer Tendenzen erlaubt die Schlußfolgerung der Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit eines Verhaltens. Als weiteres Beispiel sei hier die breite Kommentierung bürgerlichrechtlicher Vorschriften angeführt, die zu einer Subsumtion des Rechtsanwendenden unter die Rechtsprechung und nicht unter das Gesetz führt. Man kann diese Sachlage als "Delegation partieller Rechtsetzungsbefugnisse" an die Gerichte beschreiben[2], die im konkreten Fall in einer Willensentscheidung die Verwirklichung der Gerechtigkeit anstreben[3], indem sie aufgrund subjektiver Bewertung der Gründe zwischen den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten auswählen.

Diese gesetzesausfüllende Rechtsbildung anhand einfachen Gesetzes bewegt sich im Rahmen der deutschen Gerichtstradition, der durch das Bonner Grundgesetz keine Absage erteilt wurde.

---

1 cf. Naucke, S. 371 ff.

2 cf. Adomeit, S. 37 ff.; Podlech, S. 109; Rüthers, S. 267 ff.

3 cf. BAG, Beschluß v. 12.10.1955 - 1 ABR 1/54 - in BAGE 2, 147/151; BAG, Beschluß v. 12.10.1955 - 1 ABR 13/54 - in BAGE 2, 165/174 f.

IV. Die verfassungsrechtliche Legitimation zur gesetzesverdrängenden richterlichen Rechtsbildung ohne konkreten Ansatz in höherrangigem Recht

Anders als in den vorgenannten Fällen richterlicher Rechtsbildung könnte hier eine negative, diese Art des Richterrechts ausschließende verfassungsrechtliche Regelung in Art. 20 III GG vorliegen. Die Vorschrift des Art. 20 III GG beinhaltet die Bindung u.a. der Rechtsprechung an "Gesetz und Recht". Oben[1] wurde das "Recht" als Oberbegriff, insbesondere als Hinweis auf den möglichen Widerspruch zwischen einfachem und höherrangigem Recht interpretiert.

Die genannten Beispiele gesetzesverdrängender richterlicher Rechtsbildung ohne konkretem Ansatz in höherrangigem Recht[2] weisen jedoch keinen derartigen Widerspruch auf. Es bleibt daher bei der Bindung an das einfache Gesetz. Gerade diese Bindung scheint aber in den genannten Beispielsfällen der Judikatur zu den §§ 54 BGB, 16, 34 EStG und 1 III GrEStG durchbrochen zu sein.

Die Feststellung liegt daher nahe, Art. 20 III GG verbiete eine Rechtsprechung, die eine gesetzgeberische Regelung ohne Legitimation durch höherrangiges Recht mißachtet. In Wahrheit beinhaltet eine solche Feststellung bereits ein bestimmtes Vorverständnis des Begriffes der "Bindung".

1. Art. 20 III GG und Rechtstheorie

Fraglich ist, was unter dem Begriff der "Bindung" an Gesetz und Recht in Art. 20 III GG zu verstehen ist. Diese "Bindung" berührt eine der rechtstheoretischen Grundfragen, das Verhältnis von Gesetz und richterlicher Entscheidungs-

---

1 cf. oben S. 241 f.
2 cf. oben S. 235 ff.

findung[1].

Im Preußen Friedrich des Großen war der König Gesetzgeber und oberster Richter. Gesetzgeber und Richter waren damit identisch. Die Frage der "Bindung" der Rechtsprechung an Gesetz und Recht konnte sich nicht stellen.

Die Problematik wurde hingegen aktuell im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus mit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Preußischen Landrechts im Jahre 1794. Das Verhältnis von Gesetz und richterlicher Entscheidungsfindung fand seine Regelung durch die Schaffung zahlreicher genauer Bestimmungen und die Einrichtung eines "Interpretationsausschusses". Jede "Abweichung" vom Gesetzesbuchstaben sollte vermieden, Zweifel sollten nicht durch den Richter, sondern durch eine Gesetzgebungskommission entschieden werden. Die Undurchführbarkeit dieser Absicht äußerte sich schon vier Jahre nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Preußischen Landrechts in der Abschaffung des "Interpretationsausschusses" und in der Aufhebung des Verbotes der Auslegung "durch Präjudizien, Kommentare und gelehrte Spitzfindigkeiten" aufgrund der Cabinetsordre vom 3.8.1798[2].

Die Begriffsjurisprudenz[3] erklärte dann immer noch im Geiste der Aufklärung und seinem Glauben an die Ausführlichkeit, Richtigkeit und Vollständigkeit des Rechts die Rechtsordnung als ein geschlossenes System[4]. Der Richter fand nur die Entscheidung, die der Gesetzgeber vorgezeichnet hatte. Die Rechtssätze bedingten einander und waren voneinander ableitbar[5]. Rechtsquellen waren allerdings nicht nur das positive Recht, sondern auch die Überzeugung der Volksglieder und der verborgene Geist des nationalen Rechts. Der Richter mußte nur an den Sprossen des Systems

---

1 cf. Larenz, S. 183 ff., 184, Fußn. 8-11.
2 cf. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 329 ff.
3 cf. Puchta, S. 29 ff. u. 56 f.
4 cf. Bucher, S. 278: "Lückenlosigkeitsdogma".
5 cf. Krawietz, Begriffsjurisprudenz, S. 432.

herabsteigen, um zur richtigen Entscheidung zu gelangen. "Bindung" der Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" bedeutete danach die Verpflichtung des Richters, in reiner Subsumtion des Sachverhaltes unter das Gesetz die Entscheidung zu finden[1].

Heute umschreibt das Wort "Begriffsjurisprudenz" generell die Methode der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts[2]. Anfänglich hingegen bezeichnete die von R. v. Jhering[3] geprägte Formulierung nur bestimmte pseudologische Übertreibungen[4], vor allem die Ableitung neuer Rechtssätze aus der Pyramide der Rechtsbegriffe. Jhering war es auch, der bereits Mitte des 19. Jahrhunderts diese damals herrschende Methode als haarspalterisch und spekulativ kritisierte[5].

Auf breite Kritik stieß die "Begriffsjurisprudenz" dann zu Beginn des 20. Jahrhunderts bei den Verfechtern der sog. Freirechtslehre. Deren Vertreter[6] bekämpften die Methode der "Begriffsjurisprudenz" als bloß "technische Rechtsfindung", die "bewußt oder unbewußt schöpferische richterliche Tätigkeit" verschleiere[7]. Demgegenüber rückte man die richterliche Aufgabe der Findung einer billigen Einzelfall-Entscheidung in den Vordergrund. Dabei sollten

---

1 cf. Larenz, S. 21 ff.; Kaufmann/Hassemer, S. 37.

2 Bucher, S. 279; Krawietz, Begriffsjurisprudenz, S. 432.

3 cf. R.v. Jhering, S. 337.

4 cf. Krawietz, S. 20.

5 cf. Jhering, Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten. 1861.

6 cf. Adickes, S. 9 ff., 22 ; Ehrlich, S. 1 ff., 21 ff.; Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909; Kantorowicz, S. 13 ff.

7 cf. Ehrlich, S. 1 ff., 21 f.

die erfahrbaren Rechtstatsachen bzw. die Verkehrsbedürfnisse einbezogen, andererseits logische und konstruktive Scheingründe vermieden werden[1].

Die oft anzutreffende Feststellung, die Bewegung der sog. "Freirechtslehre" habe die Gerichte von der Gesetzesbindung lösen und die Fallentscheidung ihrem subjektiven Belieben überantworten wollen, ist daher sachlich unzutreffend ("Contra-legem-Fabel")[2]. Richtig ist, daß man die Verantwortlichkeit und Selbständigkeit der richterlichen Entscheidungsfindung hervorhob, wobei man nicht gegen die Gesetzesbindung, sondern gegen die Bindung an die juristische Technik der Begriffsjurisprudenz anging[3]. Während ihrer Blütezeit im ersten Drittel dieses Jahrhunderts entwickelte sich die Freirechtslehre allerdings insoweit sehr differenziert. Ein Teil der Anhänger der Freirechtslehre lockerte die Bindung des Richters an das Gesetz[4] und forderte den Übergang von der gebundenen zur freien Entscheidung[5]. Die Ansichten waren insoweit jedoch bei weitem nicht einheitlich[6].

Am weitesten gingen die Ansichten von Schloßmann[7], der die richterliche Rechtsfindung ausschließlich an der Gerechtigkeit orientieren wollte, dem Rechtsgefühl Rechtsquellencharakter beimaß und das Gesetz nur als eine von mehreren Autoritäten zur Verwirklichung der Gerechtigkeit ansah. Ähnlich sollten nach Isay[8] die Gerichte befugt sein, gesetzliche Normen intuitiv zu korrigieren. Gerade die zuletzt genannten Autoren, die das Rechtsgefühl in den Mittelpunkt der richterlichen Rechtsfindung stellten und deren Auffassung daher noch am zutreffendsten durch das Etikett

---

1 cf. Fuchs, Freirechtsschule, S. 12; Kantorowicz, Fabel, S. 256 ff.

2 cf. Krawietz, S. 31; ders. Wörterbuch, Spalte 1099; Riebschläger, S. 103 ff.

3 cf. Ehrlich, S. 19.

4 cf. Moench, S. 46 ff.; Schloßmann, S. 181 ff.; Stampe, S. 20.

5 cf. Fuchs, S. 21 ff. u. 181 ff.

6 cf. Moench, S. 40 ff.

7 cf. Schloßmann, S. 183 f. u. 193.

8 cf. Isay, S. 60 ff. u. 338 ff.

"Freies Recht" gekennzeichnet werden, sind jedoch überhaupt nicht repräsentativ für die gesamte Freirechtsbewegung[1]. Dementsprechend mag man bezweifeln, ob Isay überhaupt der Freirechtsbewegung zuzurechnen ist[2]. Nach überwiegender Auffassung der Vertreter dieser Bewegung war jedenfalls jede richterliche Rechtsfindung aus einer Norm - allerdings nicht notwendig einer positivrechtlichen - zu begründen[3].

Allerdings war die heute vom Bonner Grundgesetz vorgezeichnete Normenpyramide damals unbekannt. Die Normsetzung durch den einfachen Gesetzgeber war auch nach dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung verfassungsrechtlich die ranghöchste Rechtsquelle. Zieht man eine Parallele zur heutigen Rechtslage, so würde ein Teil der Anhänger der Freirechtslehre demnach aus dem Aspekt der "Natur der Sache" oder des "Rechtsgefühls"[4] eine gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung ohne Ansatz in ranghöherem Recht bejaht haben. Auf diesem Hintergrund wird auch die oben[5] angedeutete Korrektur des § 54 BGB durch die Judikatur des Reichsgerichts verständlich[6].

Im übrigen betonten die Anhänger der Freirechtslehre in bewußter Abkehr von der Begriffsjurisprudenz vor allem die Offenheit und damit Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung. Sie widersprachen damit der These Puchtas, das Rechtssystem sei logisch in sich geschlossen und Aufgabe des Richters sei lediglich die Deduktion der Entscheidung aus dem Gesetz. Für die Gerichte entstand ein Freiraum der Rechts-

---

1 cf. Riebschläger, S. 28.

2 cf. Riebschläger, S. 79.

3 cf. Riebschläger, S. 79.

4 cf. Moench, S. 86 ff.

5 cf. oben S. 198 f.

6 cf. RG, Urteil v. 26.5.1922 - 558/21 III - in JW 1922, S. 910: "Wenn das Gesetz versagt, tritt der Richter an die Stelle des Gesetzes im Einzelfall".

bildung, da die Anhänger der Freirechtslehre die gesetzlichen Regelungslücken für zahlreich hielten[1].

Entscheidend war mithin die Feststellung der Gesetzeslücke[2]. Deren Bestimmung erwuchs aus einem engen Gesetzesbegriff. Man bejahte die Unvollständigkeit des Gesetzes bereits bei Überschreiten des Wortsinnes, d.h. bei nicht ganz eindeutiger Regelung eines Sachverhaltes durch positives Recht oder durch Gewohnheitsrecht[3]. Mittel zur Lückenfüllung sollten u.a. die Menschenrechte, die Natur der Sache, die im Volke vorhandenen Überzeugungen, die Formung des gesellschaftlichen Seins usw. sein. Entsprechend der damaligen Dominanz naturwissenschaftlicher Betrachtungsweise sollte auch die Rechtsprechung wie ein Naturwissenschaftler Gesetze finden und so entscheiden, wie es der aktuelle Gesetzgeber tun würde[4].

Letztlich ist festzustellen, daß es der Freirechtsbewegung nicht gelungen ist, mehr als nur Denkansätze zur Lückenfüllung und damit zur Auffindung des "Freien Rechts" zu entwickeln[5]. Dasselbe gilt für die genaue Umschreibung des Zieles dieser Bewegung, das rückschauend mit dem Begriff soziologischer Jurisprudenz gekennzeichnet werden kann, ohne daß dies von den Vertretern der Freirechtslehre in dieser Deutlichkeit bewußt formuliert worden wäre[6].

Mehr als nur Grundgedanken gerade zur Lückenfüllung haben dagegen die Vertreter der Interessen- und Wertungsjurisprudenz[7], insbesondere ihr Begründer Phillip Heck ent-

---

1 cf. Kaufmann, S. 4 ff.; Moench, S. 56 ff.

2 cf. Riebschläger, S. 97 ff.

3 cf. Riebschläger, S. 98.

4 cf. Kaufmann, S. 2 ff.; Moench, S. 93 ff.; Riebschläger, S. 99 f.

5 cf. Riebschläger, S. 103.

6 cf. Riebschläger, S. 101.

7 cf. zur Entwicklung dieser Bewegung Krawietz, Interessenjurisprudenz.

wickelt[1]. Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob die Entwicklung der Interessenjurisprudenz zeitlich noch vor der Freirechtsbewegung einsetzte[2]. Von Belang ist dagegen, daß beide Richtungen sich einerseits einig waren in der Ablehnung der Rechtstechnik der Begriffsjurisprudenz, andererseits völlig entgegengesetzte Methoden der Gesetzesauslegung und der Lückenfüllung entwickelten[3]. So lehnten die Vertreter der Interessenjurisprudenz den engen Gesetzesbegriff der Freirechtslehre, insbesondere deren Beschränkung auf die Interpretation des Wortlautes ab[4].

Im Vordergrund der Gesetzesanwendung durch die Interessenjurisprudenz stand die genaue Ermittlung des historischen gesetzgeberischen Willens, wobei man weniger vom einzelnen Gesetzesbegriff als vielmehr zur Erforschung der historischen Wertungen des Gesetzgebers in systematischer Interpretation von der Gesamtheit einer gesetzlichen Regelung ausging.

Dies erklärt eine weitere Kontroverse zwischen der Interessenjurisprudenz und der Freirechtsbewegung: Während die Anhänger der Freirechtsbewegung zwar auch schon die Bedeutung von Zweck- und Interessenanalysen angesprochen hatten[5], letztlich aber eine Interessenforschung im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung gemeint hatten[6], be-

---

1 cf. Heck, Interessenjurisprudenz, S. 1139 ff.; ders., Begriffsjurisprudenz, S. 1456 ff.; ders., Begriffsbildung.

2 cf. Riebschläger, S. 49, Fußn. 10.

3 cf. Kallfass, S. 87 ff.

4 cf. Heck, Begriffsbildung, S. 109.

5 cf. Kantorowicz, Strafgesetzentwurf, S. 325.

6 cf. Riebschläger, S. 50.

tonten die Vertreter der Interessenjurisprudenz mit ihrer überwiegend historischen Auslegung die vormaligen Wertungen des Gesetzgebers. Letztere sollten allerdings auch die für die gesetzgeberischen Regelungen kausalen Verhältnisse einschließen[1].

Die Betonung der "historischen" Gesetzesauslegung durch die Interessenjurisprudenz ist vor allem von Heck[2] in bewußter Frontstellung gegen die Beschränkung des Gesetzes auf den Wortlaut durch die Freirechtsbewegung erfolgt. Ausschlaggebend war dabei die Sorge, das freie Ermessen des Richters vermöge weder die Gleichförmigkeit der Entscheidungen noch die Bestimmtheit des Rechts zu garantieren[3].

Von den drei vorgenannten Bewegungen hat sich in der Spruchpraxis der Gerichte noch am ehesten die Interessen- und Wertungsjurisprudenz durchgesetzt. Gleichzeitig ist - in einhelliger Ablehnung einer der Grundthesen der Begriffsjurisprudenz - die Überzeugung, daß der Gesetzgeber keinesfalls ein geschlossenes Rechtssystem, sondern - bewußt oder unbewußt - lückenhafte Regelungen trifft, Allgemeingut sowohl bei den gesetzgebenden Körperschaften[4] wie bei den Gerichten[5]. Ebensowenig verwendet die Rechtsprechung den engen, auf die strenge Wortlautinterpretation beschränkten Gesetzesbegriff der Freirechtsbewegung.

Während sich also die Interessen- und Wertungsjurisprudenz in ihrer Grundkonzeption der Analyse der gesetzgeberischen Wertungen bei der Gesetzesauslegung und Lücken-

---

1 cf. Edelmann, S. 97 f.
2 cf. Heck, Begriffsbildung, S. 10.
3 cf. Kallfass, S. 88.
4 cf. oben S. 238 ff.
5 cf. oben S. 200 ff.

füllung in der Spruchpraxis der Gerichte durchgesetzt hat[1], ist der rechtstheoretische Methodenstreit im übrigen nach wie vor offen[2]. Dieser Streit braucht hier weder weiter vertieft noch gar entschieden zu werden.

Einig ist man sich in der neueren Rechtstheorie jedenfalls über die These von der Lückenhaftigkeit gesetzlicher Regelungen[3]. Die gegenteilige Auffassung vom geschlossenen Rechtssystem würde die Rechtswirklichkeit auch nicht erklären können.

Die skizzierten Beispiele der gesetzesvertretenden richterlichen Rechtsbildung im Verwaltungsrecht[4], im Arbeitsrecht[5], im Strafzumessungsrecht[6], im Strafverfahrensrecht[7] und im Steuerrecht[8], ferner die Kapitulation des Gesetzgebers vor zahlreichen Regelungsfeldern des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches[9] belegen, daß richterliche Entscheidungen nicht generell durch bloßen formallogischen Schluß aus dem Gesetzessystem zu erhalten sind.

2. Art. 20 III GG und Hermeneutik

In neuerer Zeit ist daher immer stärker ins Bewußtsein gedrungen, daß richterliche Rechtsfindung nicht in bloßem formalen Schließen, sondern vorrangig in der Ausfilterung von Prämissen besteht, die dann eine Entscheidungsfindung ermöglichen. Sachverhalt und Tatbestand stehen dabei in einer ständigen Wechselbeziehung, die zu einer An-

---

1 cf. Krawietz, S. 16 f.

2 cf. zum wieder zunehmenden Interesse an der Freirechtsbewegung Kallfass, S. 88 f. m.w.N.

3 cf. Engisch, S. 26 ff.; derselbe, Einführung, S. 8; Esser, Grundsatz und Norm, S. 179 ff.; Kriele, S. 221 ff.; Wieacker, S. 701 ff.; Viehweg, S. 31 ff.; a.A. wohl Karl, S. 84, cf. dort auch Fußn. 1 u. 2.

4 cf. oben S. 200 ff.

5 cf. oben S. 207 ff.

6 cf. oben S. 214 ff.

7 cf. oben S. 212 ff.

8 cf. oben S. 218 ff.

9 cf. oben S. 238 ff.

passung der beiden führt[1]. Die Tatbestände werden als gegenüber dem Sachverhalt offene Typen begriffen[2]. Subsumtion ist dabei vielfach dezisionistisch angelegte, individuelle Wertung und nicht bloß formallogische Deduktion, soweit dem Rechtsanwendenden erkenntnistheoretisch die Wahl zwischen gleichwertigen Lösungen verbleibt[3].

In der Fortentwicklung des Typendenkens wurde die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht unter dem Begriff der "Hermeneutik" weiter entwickelt. Hermeneutik bezeichnet eine ursprünglich in der Theologie entstandene Kunstlehre des Textverständnisses mit dem Ziel eines möglichst kontrollierten Umganges mit Texten. Als rechtstheoretische Bewegung ist die "Hermeneutik" allerdings nicht weniger umstritten[4] als die Begriffsjurisprudenz, die Freirechtslehre oder die Interessen- und Wertungsjurisprudenz.

Die hier anstehende Erörterung der verfassungsrechtlichen Legitimation gesetzesverdrängender richterlicher Rechtsbildung ohne Ansatz in höherrangigem Recht soll einige Apsekte der "Hermeneutik" einbeziehen, ohne daß damit eine Option für diese oder eine andere rechtstheoretische Bewegung verbunden wäre.

---

1 cf. Engisch, S. 14 ff.; Hassemer, S. 106; Hruschka, S. 56; Kaufmann, Analogie, S. 29 ff.

2 cf. Hassemer, S. 109 ff.; Kaufmann, Analogie, S. 37 ff.; Radbruch, S. 47 ff.

3 cf. BAG, Beschluß v. 12.10.1955 - 1 ABR 1/54 - in BAGE 2, 147/151 f.; BAG, Beschluß v. 12.10.1955 - 1 ABR 13/54 - in BAGE 2, 165/174 f.; Adomeit, S. 29; Coing, S. 332; Esser, Festschrift f. Hippel, S. 113; Das Gesetz ist das, was der Richter darunter versteht; Lorenz, S. 184; Redeker, S. 410 f.; Thiel, S. 169 ff.; Zippelius, S. 60 ff.; derselbe, Rechtsfortbildung, S. 1981 ff.; kritisch Larenz, Rechtsfortbildung, S. 1 ff.; a.A. z.B. Enneccerus-Nipperdey, S. 311; Karl, S. 81; zum Einfluß des Ausbildung auf die Entscheidungsfindung der Juristen cf. Walter Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsfindung, Berlin, 1973.

4 cf. Albert, S. 80 f., 84 f., 95 f.; Krawietz, S. 23 ff.

"Hermeneutik" umschreibt heute im Bereich der Rechtswissenschaft nicht nur eine Technik der Gesetzesauslegung, sondern den Verstehensprozeß des Rechtsanwendenden[1]. Ziel dieses Verstehensprozesses ist es, etwas "Vernünftiges" über den zu erfassenden Tatbestand zu erfahren. Dieser wird bei jeder Interpretation neu verstanden. Der Textinterpret gewinnt immer neue Erkenntnisse bei der Auslegung. Dieser Verstehensprozeß begründet ein Vorverständnis des Interpreten, der das Gesetz nicht notwendig wie der Gesetzgeber, sondern unter dem Blickwinkel der ihm "vernünftig" erscheinenden Auslegung sieht.

So kommt es dann nach Schleiermacher[2] dazu, den Urheber eines Textes besser zu verstehen als dieser sich selbst verstanden hat. Eine Identifikation von Urheber und Interpret vollzieht sich demnach nur unter Gleichgesinnten[3].

Hier fließt die individuelle Wertung des Textinterpreten ein. Gerade Wertungen beinhalten aber eine Willenskomponente. Sie liegen vielfach in These und Antithese vor: So z.B. in den Begriffspaaren Einzelfallgerechtigkeit/Rechtssicherheit, Willensprinzip/Verkehrsschutz, Wirtschaftsfreiheit/Sozialbindung. Vielfach lassen sich auch aus demselben Aspekt entgegengesetzte Schlußfolgerungen ableiten[4].

Unerheblich ist, ob man die fehlende Determination der Wertung im Sinne des Relativismus[5] oder als Beeinträchtigung der Rationalität[6] deutet. Entscheidend ist vielmehr, daß sich die Erzielung des als "vernünftig" erkannten Ergebnisses durch den Rechtsanwendenden um so leichter erreichen

---

1 cf. Coing, Die juristische Auslegungsmethoden, S. 13 ff.; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 133 ff.; Flume, S. 63 ff.; Gadamer, S. 250 ff. und 312 f.

2 cf. Gadamer, S. 180; Larenz, Bindung, S. 292 f.

3 cf. Forsthoff, Recht, S. 11: "Wahre Mitteilung findet nur unter Gleichgesinnten, Gleichdenkenden statt".

4 cf. oben S. 184 ff.; cf. auch Struck, S. 15 ff.

5 cf. Radbruch, Natur, S. 171 ff.

6 cf. Kriele, S. 186 ff.

läßt, als die Rechtswissenschaft zwar eine Methodenlehre, aber innerhalb der Methodik einen Methodenpluralismus[1] bereithält. Zwar wird innerhalb der Auslegungskriterien - Wortlaut, Grammatik, Systematik, Historik, Teleologie - eine Rangordnung vertreten, die der Teleologie den obersten Rang zuweist.

Dennoch werden diese Gesichtspunkte von den Gerichten beliebig gegeneinander ausgespielt - soweit man sich überhaupt um eine entsprechende Argumentation bemüht. Dies ist am Beispiel der Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG deutlich geworden[2]. Entsprechendes läßt sich aber auch in der sonstigen Rechtsprechung nachweisen[3].

Als Beispiel sollen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dienen. Das Bundesverfassungsgericht hat teilweise den "eindeutigen" Wortlaut einer Norm als unverrückbare Grenze der Auslegung betrachtet[4], in anderen Entscheidungen den("klaren") Wortlaut hinter die "sinnvolle Gesetzesanwendung"[5] oder "Wertentscheidung der Verfassung"[6] zurückgestellt und beispielsweise die Art. 32 und 59 GG gegen ihren klaren Wortlaut "in sinngemäßer Anwendung und Fortbildung der Grundsätze des Grundgesetzes" interpretiert[7]. Die Entstehungsgeschichte bildete in der Judikatur des Bundesverfas-

---

1 cf. Esser, Vorverständnis, S. 7; Kriele, S. 25 f.

2 cf. oben S. 7 ff.; 178 ff.

3 cf. Esser, Vorverständnis, S. 7; Kriele, S. 25 f.; Rüthers, S. 442 ff.

4 BVerfG, Beschluß v. 13.6.1958 - 1 BvR 346/57 - in BVerfGE 8, 38/41.

5 BVerfG, Beschluß v. 19.6.1973 - 1 BvL 39/69 u. 14/72 - in BVerfGE 35, 263/278 f.; BVerfG, Beschluß v. 24.5.1967 - 1 BvL 18/65 - in BVerfGE 22, 28/37; BVerfG, Beschluß v. 27.7.1962 - 1 BvR 330/61 - in BVerfGE 14, 260/262; BVerfG, Urteil v. 19.12.1961 - 2 BvL 6/59 - in BVerfGE 13, 261/268; BVerfG Beschluß v. 8.1.1959 - 1 BvR 396/55 - in BVerfGE 9, 89/104 f.

6 BVerfG, Beschluß v. 29.10.1958 - 1 BvL 45/56 - in BVerfGE 8, 210/221.

7 BVerfG, Urteil v. 30.6.1953 - 2 BvE 1/52 - in BVerfGE 2, 347/374 f.

sungsgerichts teils das entscheidende Kriterium[1], teils hatte sie nur bestätigenden Charakter[2] oder ihre Verwertung wurde als unklar überhaupt abgelehnt[3].

Die Gesichtspunkte des Wortlauts, der Grammatik, der Systematik, der Historik und der Teleologie haben daher in der gerichtlichen Praxis offenbar keinen für alle zukünftigen gerichtlichen Entscheidungen von vornherein fixierten Stellenwert. Diese Gerichtspraxis einer von Fall zu Fall unterschiedlichen Gewichtung der vorgenannten Aspekte beinhaltet keinen Verstoß gegen Art. 20 III GG. Zwar muß Methodenlehre Verfassungsinterpretation sein. Die hier angeführten Auslegungskriterien müssen daher - auch und vor allem - als der Versuch verstanden werden, dem Befehl des Art. 20 III GG - der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht - Geltung zu verschaffen[4]. Aus Art. 20 III GG läßt sich aber gerade keine für jeden Fall von vornherein bestimmte Rangordnung der Aspekte des Wortlauts, der Grammatik, der Systematik, der Historik und der Teleologie entnehmen[5].

Damit ist auf dem Begriff der "Bindung" im Sinne des Art. 20 III GG zurückzukommen. Nachdem dieser Terminus weder

---

1 BVerfG, Urteil v. 6.10.1955 - 1 BvR 85/55 - in BVerfGE 4, 299/304 f.; BVerfG, Urteil v. 17.12.1953 - 1 BvR 147 - in BVerfGE 3, 58/137; BVerfG, Beschluß v. 7.5.1953 - 1 BvL 104/52 - in BVerfGE 2, 266/275 f.; BVerfG, Urteil v. 30.6.1952 - 1 BvF 1/52 - in BVerfGE 1, 396/405; BVerfG, Urteil v. 20.2.1952 - 1 BvF 2/51 - in BVerfGE 1, 117/127 ff.

2 BVerfG, Beschluß v. 23.7.1963 - 2 BvL 11/61 - in BVerfGE 16, 306/327; BVerfG, Beschluß v. 22.1.1959 - 1 BvR 154/55 - in BVerfGE 9, 124/128 f.; BVerfG, Beschluß v. 17.7.1957 - 1 BvL 4/54 - in BVerfGE 6, 55/75 f.; BVerfG, Urteil v. 21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - in BVerfGE 1, 299/312.

3 BVerfG, Urteil c. 28.2.1961 - 2 BvG 1,2/60 - in BVerfGE 12, 205/236 f.; BVerfG, Beschluß v. 2.2.1960 - 2 BvF 5/58 - in BVerfGE, 10, 285/300.

4 cf. Hassemer, Rechtstheorie, S. 28 ff.

5 cf. Larenz, Bindung, S. 295.

im Sinne eines Auftrages der Rechtsprechung zu bloßen Deduktionen aus dem Gesetz noch im Sinne eines Korsetts, bestehend aus bestimmten in ihrem Gewicht für immer festgelegten Entscheidungskriterien, interpretiert werden kann, bedeutet "Bindung" gemäß Art. 20 III GG nicht Anbindung an Gesetz und Recht, sondern den Auftrag an die Gerichte, Gesetz und Recht zu verwirklichen. Dabei sind "eigentliche" Auslegung und gesetzesausfüllende, gesetzesvertretende und gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung als Akt der Rechtsschöpfung nicht zu unterscheiden, soweit die richterliche Entscheidung nicht nur in formallogischer Deduktion, sondern in der wertenden Entscheidung zwischen mehreren erkenntnistheoretisch möglichen Lösungen besteht[1].

Auf diesem Hintergrund gewinnt auch der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14.2.1973[2] an Bedeutung, wonach die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht um so lockerer ist, je älter das anzuwendende Gesetz ist. Methodenpluralismus und Hermeneutik führen fast zwangsläufig zu einer sich immer weiter öffnenden Schere zwischen den gesetzgeberischen Regelungen und dem Vernunftverständnis des Rechtsanwendenden.

Es hieße, das Kind mit dem Bade auszuschütten, wollte man aus dem beschriebenen Entscheidungsfindungsprozeß der Gerichte, insbesondere aus der Austauschbarkeit der klassischen Entscheidungskriterien folgern, dem Methodenpluralismus sei mit Rücksicht auf Art. 20 III GG mit einem Infragestellen und u.U. einer Revision der genannten Auslegungsgesichtspunkte zu begegnen. Die Gesichtspunkte des Wortlauts, der Grammatik, der Systematik, der Historik und der Teleolo-

---

1 cf. Esser, Grundsatz und Norm, S. 258 f.; Flume, S. 63; Kriele, S. 192 f.; Larenz, Rechtsfortbildung, S. 1 f.; derselbe, Bindung, S. 291 f.; Podlech, S. 109, dort auch Fußn. 36; cf. dazu auch oben S. 227.

2 BVerfG, Beschluß v. 14.2.1973 - 1 BvR 112/65 - in NJW 1973, 1221; dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 174 ff., 242 ff., 287 ff.; Mennicke, S. 80.

gie erfüllen zumindest die Funktion, dem Rechtsanwendenden entsprechend Art. 20 III GG einen Denkansatz, ausgehend von einer gesetzlichen Regelung zu ermöglichen. Sie sind daher sachlogisch richtig entwickelt. Darüberhinaus gibt es auch keine anderen Aspekte, die den Begriff der "Bindung" gemäß Art. 20 III GG besser ausfüllen könnten.

Daneben haben die Kriterien aber auch noch weitere Funktionen, die der Legitimation und der rationalen Durchdringung[1] der richterlichen Entscheidung, ferner die der Gewährleistung, daß gleichgelagerte Fälle auch nach gleichen Maßstäben entschieden werden bzw. daß Entscheidungen in gewissem Maße voraussehbar sind[2]. Diese Aufgaben können sie mit Rücksicht auf den Methodenpluralismus und die damit von der Rechtsprechung praktizierte Austauschbarkeit der Gründe nicht oder nur sehr unvollständig erfüllen[3]. Sie sollten dann aber auch nicht dazu mißbraucht werden, eine - in Wahrheit fehlende - Determination der gerichtlichen Entscheidung vorzutäuschen.

Hier muß vielmehr in verstärktem Maße der von der Hermeneutik beschriebene richterliche Verstehensprozeß und die Suche des Prozeßrichters nach der "vernünftigen" Entscheidung ohne Verklausulierung in die Entscheidungsgründe eingebracht werden.[4] Im Einzelfall mag das dazu führen, daß der Prozeßrichter in die Begründung die unbedingte Geltung

---

1 cf. Larenz, Bindung, S. 307.

2 cf. Larenz, Bindung, S. 293.

3 cf. die obigen Feststellungen zur Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG, oben S. ;ähnlich Rüthers, S. 442 ff.; zuversichtlicher insoweit Larenz, Bindung, S. 296 ff.

4 cf. Adomeit, S. 25 Fußn. 72 u. S. 33 ff.; Hesse, S. 25: Da die herkömmlichen Auslegungsregeln vielfach versagen, ist im Urteil auf die wirklichen Bedingungen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation einzugehen; Larenz, Rechtsfortbildung, S. 10; a.A. wohl Scheuerle, S. 305.

ethischer Normen einfließen läßt - wie der Große Strafsenat des BGH in seiner Kuppeleientscheidung[1] - und sich offen zu "letzten Wahrheiten" bekennt,wie z.B.: "Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten ist unzüchtig, falls der Eheschließung nicht zwingende, von den Verlobten nicht zu verantwortende und in absehbarer Zeit nicht zu behebende Hindernisse entgegenstehen" und "die sittliche Ordnung fordert, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe" und "der Sinn und die Folge des Verkehrs ist das Kind"[2]. Im übrigen kann hier auf ähnliche, in der Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG angetroffene Formulierungen verwiesen werden[3].

Die Problematik derartiger "Gründe" liegt darin, inwieweit sie sich aus dem Gesetz ableiten lassen. Ihre Offenbahrung erlaubt aber immerhin einen Einblick in die "ratio" der Entscheidung und verdient daher den Vorzug gegenüber der Verkleisterung dieser Aspekte hinter austauschbaren und manipulierbaren Kriterien.

So wird man auch Lautmann[4] verstehen müssen. Seine Feststellungen gehen dahin, der Prozeßrichter ziehe die "Ergebnisstrategie" der "Konstruktionsstrategie" vor. Der Richter habe oftmals (intuitiv) ein bestimmtes Ergebnis vor Augen, für das er sodann eine passende Begründung im Gesetz suche. Vielfach gäben daher die Entscheidungsgründe die außergesetzlichen Motivationen und die sie nährenden politischen und sozialen Vorstellungen und Wünsche des Prozeßrichters kaum wieder[5].

---

1 BGH, Urteil v. 9.3.1962 - 4 StR 527/61 - in NJW 1962, 1403/1404; BGH, Beschluß v. 17.2.1954 - GSSt 3/53 - in BGHSt 6, 46/53 f.

2 cf. BGH, Urteil v. 9.3.1962 - 4 StR 527/61 - in NJW 1962, 1403/1404; BGH, Beschluß v. 17.2.1954 - GSSt 3/53 - in BGHSt 6, 46/53 f.

3 cf. oben S. 187.

4 Lautmann, S. 83 f, u. 178 ff.

5 cf. auch Kübler, Richter, S. 105.

Diese Darlegungen Lautmanns finden eine Parallele bei Isay[1]. Nach Isay unterbleibt vielfach selbst dann eine Deduktion, wenn die gesuchte Rechtsfolge durch Subsumtion aus einer Norm abgeleitet werden könnte. Hier soll zur Illustration das von Isay eingangs gebrachte Beispiel wiedergegeben werden. Isay berichtet, er habe als Referendar einen Rechtsstreit erlebt, bei dem es um den Verlust eines Auges ging, den ein Kind durch den Steinwurf eines anderen während des Spielens auf dem Schulhof in der Pause erlitten hatte. Der Vater des verletzten Kindes klagte gegen den Vater des Täters.

In der Beratung habe man zunächst festgestellt, zu Lasten des beklagten Vaters lasse sich keine Verletzung der Aufsichtspflicht und damit keine Verantwortlichkeit feststellen, weil während der Schulzeit das verletzte Kind der Aufsicht der Lehrer unterstand. Dementsprechend sei der Urteilstenor in der Beratung abgefaßt worden.

Am Ende der Beratung habe sich der Vorsitzende, dem fast alle Bewohner seines Gerichtsbzirks bekannt waren, nach der Person des Beklagten erkundigt. Als er erfuhr, daß dieser bereits fünfundsechzig Jahre alt war und erst vor acht Jahren geheiratet hatte, habe er entrüstet erklärt, wer in dem Alter noch ein Kind zeuge, müsse dafür auch aufkommen, habe den Urteilstenor zerrissen und die Beratung wiedereröffnet mit dem Ergebnis, daß der Beklagte nunmehr verurteilt wurde.

Isay zitiert im folgenden zahlreiche weitere Richter, deren Arbeitsweise mit der von Lautmann geschilderten "Ergebnisstrategie" übereinstimmte. Stellvertretend steht dafür folgendes bei Isay nachzulesende Zitat eines Richters:

---

1 Isay, S. 61 ff.

"Verlassen Sie sich darauf, so muß entschieden werden; die Gründe können mir die Herren nachher dazu machen"[1].

Diese Beobachtungen stimmen mit der Analyse vieler der oben[2] zu den Art. 3 II, 117 GG untersuchten Entscheidungen überein. Darin bestätigt sich der hermeneutische Verstehensprozeß, die Suche nach der vernünftigen Entscheidung und die durch den Methodenpluralismus erleichterte Durchsetzung persönlicher richterlicher Wertvorstellungen.

Dies darf den Blick allerdings nicht dafür verstellen, daß es zahlreiche gesetzliche Regelungen gibt, die präzise und aktuell genug sind, um die Identität einer mit Hilfe der klassischen Auslegungskriterien und einer aus dem Aspekt der "Vernunft" gewonnenen Entscheidung zu gewährleisten. Dabei mag hier offenbleiben, wie groß der Anteil der Rechtsanwendung ist, der sich im Wege "einfacher deduktiver Subsumtion" vollzieht[3]. Hier sollen nur beispielhaft einige Regelungen des Erbrechts genannt werden, beispielsweise die der gesetzlichen Erbfolge gemäß den §§ 1924 ff. BGB, deren Modifikation im Wege der Rechtsumbildung noch kein Gericht - soweit ersichtlich - in Angriff genommen hat. Dasselbe gilt etwa für § 2 BGB, wonach die Volljährigkeit mit der Vollendung des 18. Lebensjahres beginnt[4].

Genau im Spannungsfeld der klassischen Auslegungskriterien einerseits und der von der Hermeneutik beschriebenen Suche nach der "vernünftigen" Entscheidung andererseits liegen die hier in Frage stehenden Urteile zu den §§ 1 III

---

1 Isay, S. 62.

2 cf. oben S. 7 ff., 178 ff.

3 Nach Larenz, Rechtsfortbildung, S. 1 nur ein geringer Teil der Rechtsprechung.

4 Andererseits zu den Grenzen der Hermeneutik bei Generalklauseln cf. Raisch, S. 626 f.

GrEStG, 16, 34 EStG und 54 BGB[1]. Diesen Konflikt kann aber auch die Hermeneutik nicht lösen. Sie beschreibt nur den Verstehensprozeß des Prozeßrichters, der hier beim Vergleich von Sachverhalt und Tatbestand zu der persönlichen Wertung[2] kam, die Unterstellung des nicht rechtsfähigen Vereins unter das Gesellschaftsrecht gemäß § 54 BGB, die Begrenzung durch § 1 III GrEStG auf 100% anstatt auf einen "Fast-100%-Satz" bzw. die vom Gesetzgeber bereitgehaltene Modalität der Besteuerung des Veräußerungsgewinns gemäß den §§ 16, 34 EStG sei unvernünftig bzw. unzweckmäßig. Daraus ließe sich aber unter dem Blickwinkel des Art. 20 III GG nur dann die Verfassungsmäßigkeit dieser Verdrängung positiven Rechts durch Richterrecht ohne Anknüpfung an höherrangiges Recht folgern, wenn die "Bindung" des Art. 20 III GG auszulegen wäre als Auftrag an die Rechtsprechung, ihr eigenes Ermessen an die Stelle des gesetzgeberischen Ermessens zu setzen.

Das Streben nach der "vernünftigen" Entscheidung im Sinne der Hermeneutik ist aber mit Rücksicht auf Art. 20 III GG nur legitimiert im Sinne einer Suche nach der vernünftigen Entscheidung im Rahmen von "Gesetz und Recht". Die bloße Wertung des einzelnen Prozeßrichters, eine gesetzliche Bestimmung erscheine ihm unvernünftig, kann diesen daher mit Rücksicht auf Art. 20 III GG nicht zur Umbildung des Gesetzes in "vernünftiges" Recht ermächtigen. Ein so motiviertes gesetzesverdrängendes Richterrecht wäre mit Rücksicht auf Art. 20 III GG verfassungswidrig.

---

1 cf. oben S. 235 ff.

2 cf. BAG, Beschluß v.12.10.1955 - 1 ABR 1/54 - in BAGE 2, 147/151 f.; BAG, Beschluß v. 12.10.1955 - 1 ABR 13/54 - in BAGE 2, 165/174 f.; Adomeit, S. 29; Coing, S. 332; Esser, Festschrift v. Hippel, S. 113: Das Gesetz ist das, was der Richter darunter versteht; Lorenz, S. 184; Redeker, S. 410 f.; Thiel, S. 169 ff.; Zippelius, S. 60 ff.; derselbe, Rechtsfortbildung, S. 1981 ff.

Gesetzesverdrängende Rechtsbildung kann nur dann verfassungsmäßig sein, wenn sie ihrerseits entweder aus dem verdrängten Gesetz selbst oder aus höherrangigem Recht legitimiert ist. Die zweite Alternative der Ermächtigung gesetzesverdrängender Rechtsbildung aus höherrangigem Recht ist bereits erörtert worden[1].

Zur ersten Alternative der Legitimation gesetzesverdrängender Rechtsbildung aus dem verdrängten Gesetz selbst haben Rechtsprechung und Lehre ein Instrumentarium geschaffen, das es erlaubt, im Einzelfall gegen den Wortlaut einer Norm zu judizieren.

In negativer Abgrenzung gehört hierher nicht die Gesetzes- und Rechtsanalogie. Bei der rechtsähnlichen Anwendung einer Norm erfolgt zwar richterliche Rechtsbildung gegen den Gesetzeswortlaut. Die §§ 280, 286, 325, 326 BGB regeln beispielsweise nur Verzug und Unmöglichkeit, nicht aber weitere Leistungsstörungen im Rahmen eines Schuldverhältnisses. Über ihren Wortlaut hinaus und damit gegen ihren Wortlaut sind diese Vorschriften auf Leistungsstörungen ausgedehnt worden, die man unter dem Sammelbegriff der "positiven Forderungsverletzung" zusammenfaßt[2]. "Per definitionem" handelt es sich bei der Analogie nicht um gesetzesverdrängende, sondern um gesetzesvertretende Rechtsbildung[3]. Die Frage der Gesetzesverdrängung taucht allerdings bei der Feststellung der Gesetzeslücke auf. Handelt es sich nicht um eine "planwidrige"[4], sondern um eine planvolle Unvollständigkeit des Gesetzes, so würde

---

1 Dazu oben S. 241 ff.

2 cf. BGH, Urteil v. 13.11.1953 - I ZR 140/52 - in BGHZ, 11, 81/83; die Rechtsgrundlage der pFV ist nicht unumstritten, cf. Palandt-Heinrichs, § 276, 7.

3 cf. oben S. 260.

4 cf. zu dem Begriff Larenz, S. 376.

eine Analogie gesetzesverdrängend wirken und damit unzulässig sein.

Gesetzesverdrängung findet hingegen im umgekehrten Fall einer restriktiven Auslegung gegen den umfassenderen Wortlaut statt. Das Mittel einer Überwindung des Wortlauts ist dabei vor allem der Sinn und Zweck einer Norm, die sogenannte "teleologische" Auslegung.

So hat der BGH in seinem Beschluß vom 10.12.1951[1] entgegen dem Wortlaut des § 400 BGB die Abtretung einer unpfändbaren Rente für zulässig erachtet. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift erschien dem Gericht eine Nichtanwendung geboten, soweit der Rentenberechtigte den vollen Gegenwert für die abgetretenen Rentenbeträge erhielt. Es handelt sich um einen Fall teleologischer Reduktion, d.h. um die Feststellung einer sogenannten "verdeckten Lücke".

Dasselbe gilt z.B. für die Rechtsprechung des BGH zu § 181 BGB. Der BGH hat hier entgegen der früheren eigenen Rechtsprechung[2] und der des Reichsgerichts[3] den durch den Wortlaut des § 181 BGB vorgezeichneten Anwendungsbereich der Vorschrift von ihrem Sinn und Zweck her eingeengt. So soll § 181 BGB innerhalb eines geschlossenen Rechtskreises von Geschäften keine Anwendung finden, bei denen generell kein Interessenkonflikt besteht. Dies soll z.B. für Insichgeschäfte des Vertreters gelten, die dem Vertretenen lediglich rechtliche Vorteile bringen[4]

---

1 BGH, Beschluß v. 10.12.1951 - GSZ 3/51 - in BGHZ 4, 153/154; erweitert in BGH, Beschluß v. 31.5.1954 - GSZ 2/54 - in BGHZ, 13, 360/362 ff.

2 BGH, Beschluß v. 9.7.1956 - V Blw 11/56 - in BGHZ 21, 229/231.

3 RG, Urteil v. 26.9.1924 - III 137/25 - in RGZ 108, 404/407.

4 cf. BGH, Urteil v. 27.9.1972 - IV ZR 125/69 - in NJW 1972, 2262/2263.

oder für den Rechtskreis der Ein-Mann-Gesellschaft[1].

In diesen Zusammenhang läßt sich auch der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 16.3.1962[2] einordnen. Nach dem Wortlaut des § 1 des Gesetzes über Freizeitgewährung für Frauen mit eigenem Hausstand in NRW vom 27.7.1948 haben ohne Rücksicht auf den Familienstand alle arbeitenden Frauen, die im Durchschnitt wöchentlich mindestens 40 Stunden arbeiten, Anspruch auf einen bezahlten arbeitsfreien Wochentag (Hausarbeitstag) in jedem Monat. Im Wege teleologischer Reduktion gelangte der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts zur Nichtanwendung dieses Gesetzes, wenn im Zuge der Fünf-Tage-Woche in jeder Woche ein Wochentag ohnehin arbeitsfrei war. Dies habe der Gesetzgeber, der das Gesetz in einer Zeit wirtschaftlicher Not erlassen habe, in der die Frauen noch durch Schlangestehen, Hamsterfahrten und ähnliches belastet gewesen seien, nicht vorausgesehen.

Es wird deutlich, daß die Gericht mit Hilfe von Auslegungsmethoden eine gesetzliche Regelung "zu Ende denken". Veränderte tatsächliche Verhältnisse oder eine sinnwidrige Wortlautinterpretation rufen den Sinn und Zweck einer Norm als korrigierendes Element auf den Plan[3].

---

1 cf. BGH, Urteil v. 19.4.1971 - II ZR 9/68 - in NJW 1971, 1355/1356 ff.

2 BAG, Beschluß v. 16.3.1962 - GS 1/61 (GS 2/62) - in BAGE 13, 1/14 ff.

3 cf. BGH, Urteil v. 9.1.1959 - VI ZR 202/57 - in BGHZ, 163/166; BGH, Urteil v. 24.6.1955 - I ZR 88/54 - in BGHZ 18, 44/48 f.; BGH, Urteil v. 18.5.1955 - I ZR 8/54 - in BGHZ 17, 266/275; BAG, Urteil v. 9.10.1956 - 3 AZR 643/54 - in BAGE 3, 159/161; BSG, Urteil 20.12.1957 - 3 RK 61/57 - in BSGE 6, 204/209 ff.; Bender, S. 601; Engsich, Einführung, S. 134 ff. u. 167 ff. Enneccerus-Nipperdey, S. 311 ff. 320, 336 ff., 344 ff.

Die teleologische Auslegung geht im Extremfall über die restriktive Interpretation im Wege der teleologischen Reduktion hinaus und führt in der Judikatur u.U.nicht nur zur teilweisen, sondern zur totalen Nichtanwendung einer gesetzlichen Bestimmung.

So vertrat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 16.2.1968[1] die Ansicht, der § 9 I 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 14.1.1928[2] sei seines Zweckes entkleidet, sinnlos und damit obsolet. Nach dieser Vorschrift ist bei Streitigkeiten über Fernsprechgebühren der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben. Der Zweck der Regelung, die Pflicht zur Zahlung von Gebühren justiziabel zu machen, war nach Ansicht des Gerichtes mit der umfassenden Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG und ihrer Ausprägung in § 40 VwGO überholt. Entgegen der Eröffnung des Zivilrechtswegs aus Art. 9 I 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen sollte daher der Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten eröffnet sein.

Kennzeichnend für diese gesetzesverdrängende Rechtsprechung ist, daß sie ihre Legitimation in der Norm sucht, auch wenn die Interpretation aus dem Zweck der Vorschrift im Einzelfall zu ihrer teilweisen oder gänzlichen Nichtanwendung führt.

Dies entspricht weitgehend den Feststellungen von Voigt[3], die in einer Urteilsanalyse folgende Gründe einer Abweichung vom klaren Wortlaut feststellte: Die Verfolgung des Gesetz-

---

1 BVerwG, Urteil v. 16.2.1968 - VII C 152.66 - in BVerwGE 29, 133/134 ff.

2 RGBl. I S. 8.

3 Voigt, S. 43 ff.

geberwillens, die Berücksichtigung der tatsächlich oder rechtlich veränderten Verhältnisse, die Verwirklichung des Gesetzeszwecks, die Beseitigung von Systemwidrigkeiten und die Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Mit Ausnahme des Gedankens der Beseitigung von Systemwidrigkeiten lassen sich diese Aspekte auf den Gesichtspunkt des Normzwecks reduzieren: Die Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse kann zur Anpassung der Norm unter Berücksichtigung ihres Zwecks führen. Auch der Aspekt von Treu und Glauben hat seinen Bezug im Gesetzeszweck. So hat die Rechtsprechung[1] beispielsweise im Einzelfall den § 125 BGB deswegen nicht angewendet, weil ein Vertragspartner den anderen wissentlich über Formerfordernisse getäuscht hat in der Absicht, sich später auf die Formnichtigkeit zu berufen. Hier wird § 125 BGB letztlich restriktiv ausgelegt. Der Sinn der Vorschrift, durch die Einhaltung eines Formerfordernisses die Erfüllung eines bestimmten Zwecks (z.B. Beweissicherheit, Übereilungsschutz, Einschaltung rechtskundiger Personen usw.) zu gewährleisten, tritt hier im Einzelfall hinter den Aspekt von Treu und Glauben zurück.

Der Gesichtspunkt der Beseitigung von Systemwidrigkeiten läßt sich schließlich im wesentlichen in dem Aspekt der Normenpyramide, d.h. in der Verdrängung einfachen durch höherrangigen Rechts auflösen[2].

Gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung ist daher entweder aus dem verdrängten Gesetz selbst oder aus höherrangigem Recht zu legitimieren.

---

1 cf. RG, Urteil v. 10.10.1969 - III 73/19 - in RGZ 96, 313/315.

2 Voigt, S. 60 ff.

Soweit die Gerichte die Vorschrift des § 54 BGB nicht nur hinsichtlich der Gewerkschaften, sondern generell mißachten, können sie nicht in Anspruch nehmen, aufgrund höherrangigen Rechts[1] zu dieser Gesetzesverdrängung ermächtigt zu sein.

Es liegt insoweit auch nicht - wie etwa bei den Regelungen des § 1 des Gesetzes über Freizeitgewährung[2] und des § 9 I 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen[3] - eine Veränderung der Verhältnisse vor, die den ursprünglichen Gesetzeszwecke und die Anwendung des § 54 BGB obsolet gemacht haben könnte. Die Veränderung der Verhältnisse beschränkt sich vielmehr auf eine Modifikation der Haltung des Gesetzgebers gegenüber den politischen nichtrechtsfähigen Vereinen. Dies ist in der Judikatur zur Bestimmung des § 50 II ZPO - die in denselben Regelungszusammenhang wie die Vorschrift des § 54 BGB[4] einzuordnen ist - auch erkannt worden[5].

Man mag insoweit die "normative Kraft des Faktischen" einwenden, d.h. darauf verweisen, daß die Gerichte schon seit Jahrzehnten gegen die Norm des § 54 BGB entscheiden. Die "Bindung" im Sinne des § 20 III GG würde aber vollends gegenstandslos und damit sinnwidrig interpretiert, wollte man die Gesetzesmißachtung deswegen für rechtmäßig halten, weil sie lange andauert.

Die Nichtanwendung des § 54 BGB auf unpolitische, nichtrechtsfähige Vereine läßt sich nicht in die vorgenannten Beispiele des obsolet gewordenen Gesetzeszwecks einordnen.

---

1 cf. oben S. 237.

2 cf. oben S. 286.

3 cf. oben S. 287.

4 cf. oben S. 198 f., 237.

5 cf. OLG München v. 9.12.1968 in NJW 1969, 617/618, das dem VDS als nichtrechtsfähigem Verein die aktive Parteifähigkeit verweigerte.

Sie ist demnach nicht aus dem verdrängten Gesetz selbst zu legitimieren. Dasselbe gilt für die Judikatur zu § 1 III GrEStG[1]. Nur der Erwerb von 100%, nicht eines geringeren Prozentsatzes der Anteile hat in dieser Bestimmung seine Regelung gefunden. Daraus folgt negativ, daß 98% der Anteile nicht ausreichen. Auch das in § 1 II und III StAnpG definierte Auslegungsziel der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" führt hier nicht weiter. Auch "wirtschaftlich betrachtet" stellen 98% weniger als 100% der Anteile dar.

Es handelt sich insoweit auch nicht etwa um gesetzesvertretende Rechtsbildung. Es fehlt bereits an einer Gesetzeslücke, da gemäß § 1 III GrEStG nur der Erwerb aller Anteile die Steuerpflicht auslösen soll. Das "beredte Schweigen" des Gesetzgebers, dem nur die Vereinigung von 100% aller Anteile in einer Hand genügte, wird demnach verdrängt, ohne daß der Zweck des § 1 III GrEStG oder die Bestimmung des § 1 II und III StAnpG eine Ermächtigung liefert.

Entsprechendes gilt für die Rechtsprechung zu den Bestimmungen der §§ 16, 34 EStG[2], soweit sie alternativ zur gesetzgeberischen Modalität der Versteuerung von Gewinnen bei einer Betriebsveräußerung eine weitere Berechnungsart anbot. Auch insoweit hatte der Gesetzgeber eine Regelung getroffen, die ohne Bezug in höherrangigem Recht oder in den §§ 16, 34 EStG verdrängt wurde.

Fraglich ist daher, ob gesetzesverdrängende Rechtsbildung außer aufgrund höherrangigen Rechts oder der Auslegung des betroffenen einfachen Gesetzes selbst noch aus weiteren Gesichtspunkten erfolgen darf. Insoweit wird in der Literatur[3] der Gesichtspunkt des "echten Rechtsnotstandes" an-

---

1 cfl. oben S. 235 f.
2 cf. oben S. 236.
3 cf. Larenz, S. 419.

geboten. Damit legitimiert man beispielsweise die Aufwertungs-Rechtsprechung des Reichsgerichts[1], die entgegen den am Nominal-Prinzip orientierten Währungsgesetzen von 1873 und 1914 und damit gesetzesverdrängend erfolgte. Zur Rechtfertigung der vorgenannten Judikatur des Reichsgerichts bedarf es aber des Aspektes des "echten Rechtsnotstandes" nicht. Vielmehr war der Zweck der nominalistisch ausgerichteten Währungsgesetze von 1873 und 1914 mit Rücksicht auf die durch die Inflation völlig veränderten tatsächlichen Verhältnisse obsolet geworden. Diese Rechtsprechung findet ihre Berechtigung mithin in dem einschlägigen einfachen Gesetz selbst und gehört daher in einen Zusammenhang mit der Judikatur zu § 9 I 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen und zu § 1 des Gesetzes über Freizeitgewährung[2].

So liegt es bei den §§ 54 BGB, 16, 34 EStG, 1 III GrEStG nicht[3]. Einen Denkansatz zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Legitimation gesetzesverdrängender Rechtsbildung - soweit sie weder aus höherrangigem noch aus dem einschlägigen einfachen Gesetz abzuleiten ist - vermag jedoch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum "Willkürverbot" zu liefern.

Dieser Rechtsprechung zufolge ist die Beseitigung einer Norm Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, solange sich für eine Entscheidung des Gesetzgebers noch eine halbwegs haltbare Begründung finden läßt[4]. Es ist demzufolge nicht Sache eines Gerichts, auch nicht des Bundesverfassungsgerichts, die gesetzliche Regelung auf ihre Zweck-

---

1 RG, Urteil v. 26.5.1922 - 558/21 III - in JW 1922, 910.

2 cf. oben S. 281 f.

3 cf. oben S. 284 f.

4 BVerfG, Beschluß v. 17.3.1959 - 1 BvL 39, 44/56 - in BVerfGE 9, 201/206; BVerfG, Beschluß v. 21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - in BVerfGE 4, 219/243 f.; BVerfG, Urteil v. 17.12.1953 - 1 BvR 147 - in BVerfGE 3, 58/135 f.; BVerfG, Urteil v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - in BVerfGE 1, 14/52 f.

mäßigkeit bzw. daraufhin zu prüfen, ob es sich aus der Sicht eines Beteiligten um die "gerechteste" Lösung handelt.

Dem Gesetzgeber verbleibt ein breiter Ermessensbereich im Sinne einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit. Erst die Überschreitung äußerster, die Gerechtigkeit verletzender Grenzen und damit die Feststellung einer in diesem Sinne "willkürlichen" Gesetzgebung führen zur Nichtigkeitserklärung des Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht.

Die Regelungen der §§ 54 BGB, 16, 34 EStG, 1 III GrEStG erscheinen unter diesem Blickwinkel nicht willkürlich.

Larenz rechtfertigt speziell den Fall der gesetzesverdrängenden Judikatur zu § 54 BGB mit dem Gesichtspunkt der "Natur der Sache"[1]. Die Rechtsprechung habe eine Anwendung des § 54 BGB aus der "Natur der Sache" abgelehnt, weil die Vorschriften des Gesellschaftsrechts nicht zur körperschaftlichen Verfassung des nicht rechtsfähigen Vereins paßten. Die so entstandene "Lücke" sei im Wege der Analogie - also in gesetzesvertretender Rechtsbildung - geschlossen worden. Die "Natur der Sache" soll demnach einfaches Gesetz derogieren können.

Dafür gibt es keine Begründung im Verfassungsrecht. Die Bindung an "Gesetz und Recht" in Art. 20 III GG bedingt, daß die Gerichte ihre Legitimation im einfachen oder im höherrangigen Recht suchen. Die "Natur der Sache" müßte demnach die Qualität höherrangigen Rechts haben, sollte sie einfaches Gesetzesrecht verdrängen können.

Nach Larenz hat die"Natur der Sache" aber nicht einmal Rechtsquellencharakter[2]. Im übrigen wird hier nicht der

---

1 Larenz, S. 409; derselbe, Rechtsfortbildung, S. 6.

2 Larenz, S. 406 ff.; derselbe, Rechtsfortbildung, S. 6; dazu auch Isay, S. 78 ff.; Kaufmann, Analogie, S. 35 ff.; Moench, S. 104 ff.

Zusammenhang zwischen "Natur der Sache" und Typus bei der Analogie geleugnet[1]. Nur handelt es sich bei der Analogie um gesetzesvertretende - nicht um gesetzesverdrängende Rechtsbildung[2].

In Wahrheit läßt sich gegen die Bestimmung des § 54 BGB nur ins Feld führen, daß die Regelung wenig praktikabel ist und mit den - allerdings schon vom damaligen Gesetzgeber angetroffenen - tatsächlichen Verhältnissen in einem gewissen Spannungsverhältnis steht. Ebenso könnte man zu § 1 III GrEStG feststellen, der Gesetzgeber hätte besser daran getan, eine Vereinigung von 98% aller Anteile in eine Hand zur Begründung der Steuerpflicht ausreichen zu lassen. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts anhand der §§ 16, 34 EStG ist schließlich die ähnliche Feststellung möglich, das Reichsgericht habe damit einen in der Praxis gut brauchbaren Weg der Besteuerung eines Veräußerungsgewinns gefunden.

Daraus erhellt aber nur, daß die Rechtsprechung in den vorgenannten Fällen das Recht ohne Anknüpfung an das einschlägige einfache Gesetz oder höherrangiges Recht[3], ferner ohne Feststellung der Willkür einer gesetzlichen Regelung im Sinne der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts mißachtet und verdrängt hat.

Diese Rechtsprechung setzt - ohne Ermächtigung aus "Gesetz und Recht" im Sinne des Art. 20 III GG - ihr Regelungsermessen an die Stelle des gesetzgeberischen Ermessens in der vielleicht zutreffenden, aber verfassungsrechtlich nicht legitimierten Überzeugung, damit eine bessere, weil praktikablere Regelung als der Gesetzgeber zu treffen. Diese Judikatur verstößt gegen Art. 20 III GG und ist damit verfassungswidrig.

---

1 cf. Kaufmann, Analogie, S. 35 ff.

2 cf. oben S. 279.

3 cf. auch die Beispiele bei Redeker, S. 412.

F. Das Selbstverständnis der Gerichte in der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG

Der hier vertretenen Auffassung zufolge[1] ist es Sache der Gerichte - solange der Gesetzgeber keine Regelungen erläßt - positives Recht bei einer Kollision mit höherrangigem Recht umzubilden. Die Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG war in dieser Frage geteilt.

Dies wird am deutlichsten anhand der Entscheidungen zum Güterrecht und zur Prozeßkostenvorschußpflicht gemäß § 1387 BGB. So hielt sich das SchlHOLG in seinem Beschluß v. 12.10.1953[2] nur für befugt festzustellen, welches alte Recht entfallen war, hingegen nicht - entgegen der hier vertretenen Ansicht - für legitimiert, neues Recht zu setzen. Auf dieser Linie lag auch der Beschluß des OLG Hamm vom 12.6.1956[3], wonach es nicht Aufgabe der Gerichte war, von sich aus ein neues Güterrecht zu entwickeln. Aus Art. 3 II GG und allgemeinen Rechtssätzen lasse sich für den vorliegenden Fall nichts herleiten. Auch das OLG Köln[4] ließ eine ähnliche Einschätzung der Lage erkennen, indem es dem Art. 117 GG nur eine beschränkte Wirkung beimaß, um die Mittel der Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit nicht zu überfordern. Der Richter könne nur im Einzelfall, nicht aber allgemein verbindliches Recht sprechen. Die Rechtsprechung könne nur allgemeine Grundsätze erarbeiten. Die Entwicklung eines Güterstandes mit einzelnen Regelungen könne erst in Jahrzehnten zu einer Übereinstimmung der Judikatur führen und sei daher untragbar.

Ähnliche Befürchtungen wurden im Beschluß des OLG Köln vom 22.5.1953[5] erkennbar, wo man die Gefahr chaotischer Ungleich-

---

1 cf. oben S. 241 ff., insbesondere S. 257 f.
2 SchlHOLG v. 12.10.1953 in SchlHA 1953, 264 f.
3 OLG Hamm v. 12.6.1956 in FamRZ 1956, 383 f.
4 OLG Köln v. 8.7.1953 in NJW 1953, 1224 f.
5 OLG Köln v. 22.5.1953 in JMBl NRW 1953, 173 f.

heit innerhalb der Rechtsprechung beschwor und es daher - soweit nicht eine Gesetzeskorrektur unbedingt erforderlich war - bei der alten Rechtslage belassen wollte. Diese Auffassung klang auch im Beschluß des OLG Koblenz vom 8.4.1954[1] an, worin es zur Prozeßkostenvorschußpflicht hieß, es sei nicht Aufgabe der Gerichte, aus Zweckmäßigkeitserwägungen unliebsame Folgen des Art. 3 II GG unter Vergewaltigung gesetzlicher Bestimmungen auszuräumen. Die Gerichte dürften den Gesetzgeber nicht ersetzen und ihm auch nicht vorgreifen. Nach der Gesetzessystematik gebe es keine Prozeßkostenvorschußpflicht des Mannes ohne Nutzung des Frauenvermögens. Aus Rechtssicherheitsgründen dürfe sich die Rechtsprechung nicht von diesem Grundgedanken der alten Regelungen lösen.

Die weitgehendste Ausformung dieses Selbstverständnisses wurde im Beschluß des LG Lübeck vom 18.5.1953[2] deutlich, wo die vorgenannten Erwägungen zur Verwerfung des Art. 117 GG als verfassungswidrig und damit zur Anwendung des alten Rechts führten.

Eine ähnliche Standortbestimmung ist auch in der Judikatur zur § 1606 BGB erkennbar. Das LG Itzhoe in seinem Urteil vom 9.7.1953[3], der BGH in seinem Urteil vom 3.12.1953[4], das OLG Hamm in seinen Beschlüssen vom 23.12.1953 und vom 10.5.1954[5], das LG Tübingen im Urteil vom 2.6.1954[6] und das LG Duisburg im Urteil vom 24.11.1954[7] lehnten die Entwicklung einer gesamtschuldnerischen Haftung der Eltern ge-

---

1 OLG Koblenz v. 8.4.1954 in NJW 1954, 1161/1162 f.

2 LG Lübeck v. 18.5.1953 in SchlHA 1953, 135 f.

3 LG Itzehoe v. 9.7.1953 in SchlHA 1953, 239 f.

4 BGH, Urteil v. 3.12.1953 - IV ZR 61/53 - in BGHZ 11, 206 ff.

5 OLG Hamm v. 23.12.1953 in NJW 1954, 839; OLG Hamm v. 10.5.1954 in NJW 1954, 1164/1165.

6 LG Tübingen v. 2.6.1954 in MDR 1954, 613/614.

7 LG Duisburg v. 24.11.1954 in FamRZ 1955, 263/264 ff.

genüber ihren Kindern ab, weil damit die Grenze der aus den Art. 3 II, 117 GG möglichen Rechtsbildung zum Gesetzgeber überschritten werde.

Das entgegengesetzte Selbstverständnis war ebenso breit vertreten. Das LG Braunschweig formulierte in seinem Beschluß v. 13.8.1953[1] noch vorsichtig, zwar seien - hier zum Güterrecht - ausreichende Entscheidungsgrundlagen vorhanden. Eine Rechtsschöpfung durch die Rechtsprechung dürfe aber nur im Falle eines Notstandes erfolgen. Dabei sei der Prozeßrichter der Allgemeinheit unterworfen, aus der er sein Recht ableite.

Die Auffassung, es handele sich hier um einen Fall richterlicher Lückenausfüllung und damit um eine typische Aufgabe der Gerichte kehrte in zahlreichen Entscheidungen wieder, so im Beschluß des SchlHOLG vom 22.5.1953[2], im Beschluß des LG Hildesheim vom 27.5.1953[3], im Beschluß des OLG Freiburg vom 29.5.1953[4], im Beschluß des OLG Nürnberg vom 10.6.1953[5], im Beschluß des OLG Celle vom 13.5.1954[6], im Beschluß des OLG Stuttgart vom 14.5.1954[7] und im Beschluß des LG Hamburg vom 25.8.1954[8]. Das OLG Nürnberg verwies dabei auf die richterliche Rechtsbildung im Bereich von "Treu und Glauben" und wollte die Lücken entsprechend dem vorhandenen Recht und dem Geist des Gesetzes schließen.

Das LG Hildesheim nannte als Mittel der Lückenausfüllung "Recht und Billigkeit". Das OLG Freiburg sprach von "freier

---

1 LG Braunschweig v. 13.8.1953 in NdsRpfl 1953, 161 f.
2 SchlHOLG v. 22.5.1953 in SchlHA 1953, 133 ff.
3 LG Hildesheim v. 27.5.1953 in NdsRpfl 1953, 107 f.
4 OLG Freiburg v. 29.5.1953 in NJW 1953, 905 f.
5 OLG Nürnberg v. 10.6.1953 in BayJMBl 1953, 201 ff.
6 OLG Celle v. 13.5.1954 in NdsRpfl 1954, 150.
7 OLG Stuttgart v. 14.5.1954 in FamRZ 1954, 248 f.
8 LG Hamburg v. 25.8.1954 in FamRZ 1954, 249.

Hand" für die Gerichte, wo veränderte wirtschaftliche Verhältnisse eine Ansiedlung der Prozeßkostenvorschußpflicht im Güterrecht sinnlos machten. Regelungsmaßstäbe sollten Billigkeit und praktische Bedürfnisse, dem OLG Bamberg[1] zufolge das gewissenhafte richterliche Ermessen, ausgehend von wirtschaftlichen und ethischen Aspekten sein.

Der Beschluß des OLG Celle vom 5.5.1953[2] spiegelt eine ähnliche Auffassung wieder. Danach war die Rechtsbildung nur dort ausschließlich Sache des Gesetzgebers, wo ein reines rechtliches Vakuum bestand und wo überwiegend politische und weltanschauliche Erwägungen die Rechtsfolgen bestimmten. Wo dagegen gesetzliche Grundlagen verblieben und die Rechtsfindung aus allgemein gültigen Rechtsbegriffen erfolgte - hier aus § 1353 BGB, Art. 6, 3 II, III, 1 III GG, Naturrecht, Sittengesetz, Wesen und Zweck der Ehe - sei der Prozeßrichter zur Rechtsfindung befugt.

Die Zuversicht in die Bewährung der Rechtsprechung[3] und die Grundthese, ein Gericht dürfe niemals eine Entscheidung ablehnen[4], ergänzen das Selbstverständnis eines Teils der Rechtsprechung. Bei dieser vorgenannten Judikatur handelt es sich um Entscheidungen zum Güterrecht und dort vor allem zur Prozeßkostenvorschußpflicht.

Die Gegenthese des BGH[5] und des OLG Karlsruhe[6] zum oben[7] geschilderten Selbstverständnis der Gerichte zu § 1606 BGB

---

1 OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903/904 f.

2 OLG Celle v. 5.5.1953 in NdsRpfl 1953, 128.

3 cf. BGH, Urteil v. 14.7.1953 - V ZR 97/52 - in BGHZ 10, 266 ff.

4 cf. OLG Bamberg v. 7.5.1953 in NJW 1953, 903/904 f.

5 BGH, Urteil v. 19.10.1956 - VI ZR 201/55 - in BGHZ 22, 51.

6 OLG Karlsruhe v. 17.10.1957 in FamRZ 1958, 35.

7 cf. oben S. 290 f.

a.F. lautete hingegen knapp, die Grenze zum Gesetzgeber werde durch die Einführung einer gesamtschuldnerischen Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern eben nicht überschritten.

In der unterschiedlichen Deutung des eigenen Aufgabenbereiches kommt eine differenzierte Einschätzung der richterlichen Entscheidungsmittel und der Grenzen der richterlichen Aufgaben zum Ausdruck. Vereinfacht ausgedrückt spiegeln sich hier u.a. verschiedene rechtstheoretische Grundauffassungen wieder: Die Annahme einer durch Begriffe, Dogmatik (wissenschaftlicher Positivismus) und die Vorschriften des Gesetzes (Gesetzespositivismus) vorgegebenen gesetzgeberischen Lösung, auf deren Vollzug sich die Rechtsprechung zu beschränken habe und andererseits die Auffassung von der Bruchstückhaftigkeit jeder Rechtsordnung, die durch gleichberechtigte Rechtsquellenerzeuger, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung, immer aufs neue ergänzt werden muß.

G. Systemimmanente Vielgestaltigkeit der Rechtsprechung

Die Gerichte, die im Rahmen der Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG vor der Rechtsbildung zurückschreckten, übersahen vielfach, daß richterliche Entscheidungsfindung nicht nur anläßlich der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG, sondern generell immer dann Ausdruck einer persönlichen Wertung ist, wenn sie in einer Auswahl zwischen mehreren erkenntnistheoretisch möglichen Entscheidungen besteht[1]. Angesichts der Methodenpluralität lassen sich daher in vielen - auch in durch positives Recht geregelten - Bereichen divergierende Entscheidungen nicht vermeiden.

---

1 cf. oben S. 227, 269 ff.

Begrnztes Gegenmittel könnte hier eine Präjudizienbindung der niederen Gerichte an die Entscheidungen der höheren sein. Eine solche Präjudizienbindung existiert rechtlich im Grundsatz nicht[1]. Faktisch richten sich die niederen Gerichte weitgehend an ihren oberinstanzlichen Gerichten aus. Das hat seinen Grund u.a. darin, daß die Nichtbeachtung höchstrichterlicher Präjudizien als Verletzung einer Norm und damit als Revisionsgrund behandelt wird[2], dies allerdings nur insoweit, als es sich bei den Präjudizien um anerkannte, von der Rechtsprechung und der Literatur entwickelte Rechtsinstitute handelt.

Es gibt auch weitere Bestrebungen zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, wie die Einrichtung des Plenums beim Bundesverfassungsgericht[3], des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes[4] und der Großen Senate beim Bundesgerichtshof, beim Bundesverwaltungsgericht, in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit[5] oder den Zwang der Oberlandesgerichte in Strafsache, bei Abweichung von der BGH-Rechtsprechung oder Divergenz mit einem anderen Oberlandesgericht die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen[6].

Dennoch existiert kein Rechtsprinzip der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Handfeste Beweise dafür liefert z.B. die Judikatur zum Ersatz immateriellen Schadens bei Verletzung des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts": Zahlreiche Gerichte weigern sich hier hartnäckig, der höchst-

---

1 cf. aber u.a. die Bestimmungen der §§ 358.StPO, 565 II ZPO 31 BVGG; ferner die Vorschriften der §§ 121 II, 136 f. GVG, 72 ArbGG, 132 II 2 VwGO, Art. 100 III GG.

2 cf. die Vorschriften der §§ 549 I ZPO, 337 I StPO, 137 I VwGO.

3 cf. § 16 I BVGG.

4 cf. Art. 95 III GG und das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19.6.1968.

5 cf. §§ 136 I GVG, 11 III BVerwGG, 45 II 1 ArbGG, 42 SozGG.

6 cf. § 121 II GVG.

richterlichen gefestigten Rechtsprechung des BGH zu folgen und einen Ersatz des immateriellen Schadens in Geld zuzusprechen[1].

Während der BGH in diesem Zusammenhang als letzte Instanz seine Auffassung noch faktisch durchsetzen kann, gibt es in vielen Bereichen keine Gerichtsorganisation, die auch nur "de facto" eine Einheitlichkeit gewährleisten könnte. Bei Entscheidungen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu 500 DM beispielsweise ist der Amtsrichter erste und letzte Instanz ohne Bindung an höherinstanzliche Entscheidungen. Im übrigen endet der vom Amtsrichter ausgehende Instanzenzug spätestens beim Landgericht. Viele sachlich in den Zuständigkeitsbereich der Amtsgerichte[2] fallende Fragen gelangen daher gar nicht erst auf die Ebene der Oberlandesgerichte und erst recht nicht der Obersten Bundesgerichte.

Außerdem hängt es vom Zufall ab, wann ein Rechtsstreit alle Instanzen bis zum Obersten Bundesgericht durchläuft. Vereinheitlichung, Vertiefung oder Umbildung einer Rechtsprechung sind daher dem Zufall überlassen und von den Gerichten nicht beeinflußbar.

---

1 cf. OLG München als Vorinstanz zu BGH, Urteil v. 26.1.1971 - VI ZR 95/70 - in NJW 1971, 698/699; OLG Karlsruhe v. 5.7.1962 in NJW 1962, 2062; OLG Frankfurt v. 9.5.1962 in NJW 1962, 2062; ferner zum Gebührenstreitwert im Zivilprozeß bei Aufrechnung mit einer Gegenforderung OLG Köln v. 29.5.1968 in NJW 1968, 1728,OLG München v. 31.3.1970 in NJW 1970, 2032 und OLG Bremen v. 27.11.1970 in NJW 1971, 712/713 f. gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH, Beschluß v. 25.10.1967 - V ZR 29/66 - in NJW 1968, 156 f.,Beschluß v. 12.7.1968 - V ZR 29/66 - in NJW 1968, 2061; in der letzteren Frage des Gebührenstreitwerts hat der BGH inzwischen wieder seine Meinung geändert: BGH, Beschluß v. 16.5.1972 - EGZ 1/72 - in NJW 1972, 1235/1237.

2 cf. die §§ 23 ff. GVG.

Man kann zwar noch erwägen, ob divergierende Urteile oder Beschlüsse eine Ungleichbehandlung in der betreffenden Rechtsfrage und damit einen Verstoß gegen Art. 3 I GG darstellen,[1] der gemäß Art. 1 III GG auch die Gerichtsbarkeit bindet. Die "bessere Erkenntnis" muß aber einen "sachlichen Grund" für eine derartige Ungleichbehandlung liefern. Andernfalls wäre u.a. jede Rechtsprechungsänderung und damit jede Fortentwicklung einer Judikatur blockiert.

Die Vielgestaltigkeit der Rechtsprechung ist daher systemimmanent, soweit es sich nicht nur um Entscheidungsfindung in Gestalt formallogischer Deduktion[2] handelt. Die "Gefahr" der Vielfalt und Ungleichmäßigkeit kann daher kein Argument gegen richterliche Rechtsbildung sein, nachdem man den Gerichten im Grundsätzlichen die Befugnis zu einer wertenden Entscheidung zugestanden hat.

---

1 cf. Larenz, Bindung, S. 293.
2 cf. oben S. 269 ff., 277.

H. Schlußbetrachtung

Die Gerichte haben die ihnen durch die Art. 3 II, 117 GG gestellte Aufgabe in dem Sinne "bewältigt", als sie jedenfalls die an sie herangetragenen Fälle entschieden haben. Diese Praxis der gesetzesverdrängenden richterlichen Rechtsbildung anhand höherrangigen Rechts ist nach der hier vertretenen Auffassung verfassungsmäßig.

Dies folgt aus Art. 100 I GG. Danach hat - jedenfalls bei "nachkonstitutionellen" Gesetzen - eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zu erfolgen, falls ein Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig hält und die Frage entscheidungserheblich ist. Keinesfalls ist das Verfahren aber bis zu einer Entscheidung des Gesetzgebers auszusetzen. Dies legitimiert die Rechtsprechung generell, "einfache" Gesetze anhand höherrangigen Rechts umzubilden.

Verfassungsmäßig ist auch die gesetzesvertretende richterliche Rechtsbildung ohne Ausgangspunkt in höherrangigem Recht, wie sie z.B. im Verwaltungsrecht, im Arbeitsrecht, im Steuerrecht, im Strafverfahrensrecht, im Allgemeinen Teil des Strafrechts und bisher auch im Strafzumessungsrecht erfolgte. Diese Rechtsbildung entspricht der Rechtsprechungs-Tradition, mit der das Bonner Grundgesetz nicht gebrochen hat.

Dasselbe gilt auch für die gesetzesausfüllende Rechtsprechung, die immer dann erfolgt, wenn sich richterliche Entscheidungsfindung anhand einfacher Gesetze nicht bloß in formallogischer Deduktion, sondern in wertender Auswahl zwischen mehreren erkenntnistheoretisch möglichen Lösungen vollzieht. Diese Art richterlicher Rechtsbildung findet in der weit überwiegenden Zahl der Fälle der Auslegung "einfacher" Gesetze statt. Die Freiheit der Entscheidungsfindung ist dabei kaum geringer als in den Fällen der ebenfalls zur gesetzesausfüllenden Rechtsbildung zählenden Interpretation von Generalklauseln.

Dagegen ist gesetzesverdrängende richterliche Rechtsbildung, die ihre Legitimation weder in dem zu interpretierenden Gesetz selbst, noch - anders als z.B. die Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG - in höherrangigem Recht findet, mit Art. 20 III GG unvereinbar und verfassungswidrig. Die Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang insbesondere nicht befugt, ihr Ermessen an die Stelle des gesetzgeberischen Ermessens zu setzen. Soweit hier mit dem Terminus der "Natur der Sache" operiert wird, verschleiert diese Begriffsbildung nur eine verfassungswidrige Rechtsprechungs-Praxis, vermeintlich oder tatsächlich mit der Realität in Widerspruch stehende gesetzliche Regelungen durch vermeintlich oder tatsächlich praktikablere zu ersetzen.

Die Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG und teilweise auch in den übrigen hier dargestellten Regelungsbereichen ließ im übrigen einige systemimmanente Charakteristika richterlicher Entscheidungsfindung besonders deutlich zutage treten. Richterliche Rechtsbildung findet, soweit sie gesetzesausfüllend, gesetzesvertretend oder gesetzesverdrängend wirkt, im Wege individueller Wertung des Prozeßrichters statt. Die herrschende Methodenpluralität vermag hier nicht als Bremse zu wirken, sondern begünstigt im Gegenteil die Durchsetzung der individuellen Wertvorstellungen.

Beinahe zwangsläufig muß daraus eine in ihren Ansichten divergierende Rechtsprechung resultieren, falls die zu entscheidende Rechtsfrage unterschiedliche Wertungen und Ergebnisse ermöglicht, die alle für sich in Anspruch nehmen können, gesetzes- bzw. verfassungskonform zu sein. Die Methodenpluralität erhellt mithin die zentrale Bedeutung der Richterpersönlichkeit bei der Entscheidungsfindung. Dementsprechend ist die von einigen Gerichten befürchtete Uneinigkeit der Rechtsprechung zu den Art. 3 II, 117 GG auch teilweise eingetreten.

Darin liegt jedoch kein Spezifikum nur der Judikatur zu den Art. 3 II, 117 GG. Die Erscheinung einer zerstrittenen

Rechtsprechung ist in allen Bereichen gesetzesausfüllender, gesetzesvertretender und gesetzesverdrängender richterlicher Rechtsbildung anzutreffen. So lassen sich selbst auf der Ebene der höchstrichterlichen Rechtsprechung beliebig vermehrbare Beispiele dafür finden, daß teils innerhalb kürzester Zeiträume völlig entgegengesetzte Entscheidungen ergingen[1], so z.B. in der Frage der Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen bei nicht ordnungsgemäß begründeter Revision in Strafsachen[2], zur Verjährung von Ansprüchen aus "culpa in contrahendo"[3] und zum Gebührenstreitwert bei der - u.U. nur hilfsweisen - Aufrechnung mit einer Gegenforderung[4] im Zivilprozeß.

Außerdem existiert in unserer Rechtsordnung - von Ausnahmen abgesehen[5] - keine Präjudizienbindung. Der Gesetzgeber hat nicht einmal faktisch die Möglichkeit der Abweichung der unteren Gerichte von höchstrichterlichen Entscheidungen ausgeschlossen. Die Instanzenzüge enden vielfach unterhalb der Obersten Bundesgerichte und außerhalb der Reichweite einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, die vereinheitlichend wirken könnte. Im übrigen ist der BGH selbst dort, wo er in Entscheidungen zu den Art. 3 II, 117 GG Gelegenheit zu einer klärenden Stellungnahme hatte, dieser Stellungnahme überwiegend ausgewichen[6]. Dem Selbstverständnis des BGH nach kann die Chance einer Vereinheitlichung der Judikatur - im Widerstreit mit dem Bestreben,

---

1 cf. Schneider, S. 705 ff., der die Praxisänderung einen "finsteren Winkel der Rechtsprechung" nennt.

2 BGH, Beschluß v. 16.6.1961 - 1 StR 95/61 - in BGHSt 16, 115/116 ff. gegen BGH, Beschluß v. 9.11.1960 - 4 StR 407/60 - in BGHSt 15, 203/205 ff.

3 BGH, Urteil v. 28.10.1971 - VII ZR 15/70 - in BB 1971, 1531/1532 gegen BGH, Urteil v. 16.11.1967 - III ZR 12/67 - in BGHZ 49, 77/79 ff.

4 BGH, Beschluß v. 16.5.1972 - GSZ 1/72 - in NJW 1972, 1235/1237 gegen BGH, Beschluß v. 12.7.1968 - V ZR 29/66 - in NJW 1968, 2061; cf. dazu auch oben S.

5 cf. oben S. 294 ff.

6 cf. oben S. 175 ff.

die Rechtsentwicklung weiter in Fluß zu halten - keinen entscheidenden, erst recht keinen verfassungsrechtlich gesicherten Stellenwert gehabt haben.

Literaturverzeichnis

A c h t e r b e r g , Norbert: Probleme der Funktionenlehre, München 1970

A d i c k e s , F.: Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872

A d o m e i t , Klaus: Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969

A l b e r t , Hans: Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. II, S. 80 ff.

A n s c h ü t z , Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933

A r n o l d , Egon: Eheliche Lebensgemeinschaft und Entscheidungsgewalt, in: MDR 1952, S. 719

-- Die neue Rechtslage im Familienrecht, in: MDR 1953, S. 258 (zitiert: Arnold, Rechtslage)

-- Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht, Kommentar zu der Rechtssituation seit dem 1.4.1953, Berlin und Frankfurt 1954 (zitiert: Arnold, Kommentar)

-- Der Unterhalt des ehelichen Kindes seit dem 1.4.1953, in: JR 1953, S. 241 (zitiert: Arnold, Unterhalt)

B e i t z k e , Günther: Gleichberechtigung und Familienrechtsreform, in: JZ 1952, S. 744

-- Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts, in: FamRZ 1954, S. 156 (zitiert: Beitzke, Neuordnung)

B e n d e r , Bernd: Die Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, in: JZ 1957, S. 593

B e t t e r m a n n - N i p p e r d e y - S c h e u n e r : Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. III 2, Berlin 1959

B i l l i n g , Werner: Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, Berlin 1969

B ö c k e n f ö r d e , Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529

-- Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964 (zitiert: Böckenförde, Organisationsgewalt)

B o e h m e r , Gustav: Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht, in: MDR 1950, S. 386

-- Zum ehelichen Güterrecht, in: JZ 1953, S. 448 (zitiert: Boehmer, Güterrecht)

B o n n e r K o m m e n t a r : Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff., Stand 1973

B o s c h , Friedrich-Wilhelm: Die Situation im Ehe- und Familienrecht, in: Rpfleger 1953, S. 387

-- Die Situation im Ehe- und Familienrecht (Fortsetzung von Rpfleger 1953, S. 387), in: Rpfleger 1953, S. 481 (zitiert: Bosch, Situation)

-- Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt, in: SJZ 1950, S. 626 (zitiert: Bosch, Gleichberechtigung)

-- Zum ehelichen Güterrecht, in: JZ 1953, S. 448 (zitiert: Bosch, Güterrecht)

B r e e t z k e : Der Prozeßkostenvorschuß in Ehesachen und die Gleichberechtigung, in: NJW 1953, S. 614

B r ü g g e m a n n , Dieter: Gesetzesrecht und Richterrecht in: JR 1963, S. 162

B r u n s , Hans-Jürgen: Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, in: NJW 1956, S. 241

-- Strafzumessungsrecht, 1. Aufl., Köln 1967 und 2. Aufl., Köln 1974 (zitiert: Bruns, Strafzumessungsrecht)

B u c h e r , Eugen: Was ist "Begriffsjurisprudenz"? in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 102, S. 274

C a n a r i s , Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964

C o i n g , Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969

-- Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln 1959 (zitiert: Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden)

D a r m s t a e d t e r , F.: Der Begriff "Recht" in Art. 20 III des Grundgesetzes, in: NJW 1957, S. 769

D i e d e r i c h s e n , Uwe: Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung, Karlsruhe 1974

D ö l l e , Hans: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in: JZ 1953, S. 353

E d e l m a n n , Johann: Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Berlin 1967

E h r l i c h , Eugen: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903), Vorrede IV

E n g i s c h , Karl: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963

-- Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1956 (zitiert: Engisch, Einführung)

E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbbd., Tübingen 1959

E r i c h s e n / M a r t e n s : Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1975

E s s e r, Josef: Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, in: JZ 1953, S. 521

-- Vorverständnis und Methodenwahl, Frankfurt 1970 (zitiert: Esser, Vorverständnis)

-- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964 (zitiert: Esser, Grundsatz und Norm)

-- Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift f. Fritz v. Hippel zum 70. Geburtstag, S. 95 (zitiert: Esser, Festschrift v. Hippel)

E x n e r , Franz: Strafzumessungspraxis, Leipzig, 1931

F i n k e : Probleme des Familienrechts nach dem Inkrafttreten des Grundsatzes der Gleichberechtigung am 1.4.1953, in: BB 1953, S. 271

-- Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: NJW 1953, S. 606 (zitiert: Finke, Rechtsverhältnis)

F l u m e , Werner: Richterrecht im Steuerrecht, in: Stbjb 1964/65, S. 55

F o r s t h o f f , Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973

-- Die Bindung an Gesetz und Recht, Art. 10 III GG in: DÖV 1959, S. 41 (zitiert: Forsthoff, Bindung)

-- Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik, 1940, (zitiert: Forsthoff, Recht)

F r i e s e n h a h n , Ernst: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, in : DV 1949, S. 478

F r ö h l i c h : Defloration sanspruch und Gleichberechtigung, in: FamRZ 1955, S. 38

F u c h s , Ernst: Gerechtigkeitswissenschaft - Ausgewählte Schriften zur Freirechtsschule, hrsg. von Albert S. Foulkes und Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1965

-- Was will die Freirechtsschule, 1929 (zitiert: Fuchs: Freirechtsschule)

F ü n f s t ü c k , Otto: Die neue Rechtslage im Familienrecht - VII. Zivilprozeßliche Probleme - in: MDR 1953, S. 264

G a d a m e r , Hans-Georg: Wahrheit und Methode, 2. Aufl., Tübingen 1965

G e r k e n , Heinrich-Theodor: Die neue Rechtslage im Familienrecht, - X. Allgemeine Wirkungen der Ehe - in: MDR 1953, S. 329

G ö l d n e r , Detlef Christoph: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969

H a b s c h e i d , Walter: Der nichtrechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, in: AcP 155, S. 375

H a e g e r t , Wilhelm: Das "schlechte Gewissen" der Strafrichter, in: JR 1965, S. 129

H a g e m e y e r , Maria: Das Familienrecht seit dem 1. April 1953, in: NJW 1953, S. 601

H a n a c k , Ernst-Walter: Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens? in: JZ 1971, S. 705

H a r d t , Hans-Jürgen D.: Die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze, in: DÖV 1971, S. 685

H a s s e m e r , Winfried: Tatbestand und Typus, Köln 1968

-- Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, in: Rechtstheorie, Hrsg. Arthur Kaufmann, Karlruhe 1971 S. 27 (zitiert: Hassemer, Rechtstheorie)

H e c k , Phillip: Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932

-- Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, in: DJZ 1905, S. 1139 (zitiert: Heck, Interessenjurisprudenz)

-- Was ist die Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen? in: DJZ 1919, S. 1456 (zitiert: Heck, Begriffsjurisprudenz)

-- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932 (zitiert: Heck, Begriffsbildung)

H e d e m a n n , Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933

H e n k e l , Heinrich: Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in: Festschrift für Edmund Mezger, München 1954, S. 249

H e s s e , Konrad: Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956

-- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., Karlsruhe 1975 (zitiert: Hesse, Grundzüge)

H i r s c h , Hans Joachim: Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S. 334

H o f f m a n n , Herbert: Das Familienrecht in Berlin seit dem 1. April 1953, in: JR 1953, S. 199

H r u s c h k a , Joachim: Die Konstitution des Rechtsfalles, Berlin 1965

I m b o d e n , Max: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959

I p s e n , Jörn: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975

I s a y , Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929

J a h r r e i ß , Hermann: Gesetz und Recht - Recht und Gesetz, in: NJW 1950, S. 3

J h e r i n g, R. v.: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884

J u n g : Das eheliche Güterrecht nach dem 31. März 1953, in DRiZ 1953, S. 97

K ä g i , Werner: Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 151

K a l l f a s s , Wilfried: Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, Frankfurt 1972

K a n t o r o w i c z , Hermann Ulrich: Der Kampf um die Rechtswissenschaft, neu abgedruckt in: Rechtswissenschaftliche und soziologische ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, hrsg. Th. Würtenberger 1962, S. 13

-- Die Contra-legem-Fabel, in: DRiZ 1911, 256 (zitiert: Kantorowicz, Fabel)

-- Der Strafrechtsentwurf und die Wissenschaft, in: MSchrKrimPsych. 7 (1910/11), S. 257, (zitiert: Kantorowicz, Strafgesetzentwurf)

K a r l , Georg: Die Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Bundesrepublik, Kiel 1966

K a u f m a n n , Arthur: Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? in: JuS 1965, S. 1

-- Analogie und "Natur der Sache", Karlsruhe 1965 (zitiert: Kaufmann, Analogie)

K a u f m a n n / H a s s e m e r : Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Frankfurt 1971

K i p p , Th.: Die Rechtsstellung der Ehefrau nach der Reichsverfassung, in: DJZ 27. Jahrgang (1922), S. 682

K i r c h h o f , Paul: Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II Verfassungsauslegung, Tübingen 1976, S. 50 ff.

K n u r : Der Gleichheitssatz des Art. 3 II des Grundgesetzes in der notariellen Praxis, in: DNotZ 1953, S. 229

K r a w i e t z, Werner: Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. II, S. 12

-- Freirechtslehre, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Hrsg. Joachim Ritter, Band 2, Basel/Stuttgart 1972, Spalte 1098 ff., (zitiert:Krawietz, Wörterbuch)

-- Begriffsjurisprudenz, Sonderdruck aus Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, S. 432 ff., (zitiert,Krawietz, Begriffsjurisprudenz)

-- Interessenjurisprudenz, in Historisches Wörterbuch der Philosophie, Hrsg. v. Joachim Ritter, Band 4, Basel/ Stuttgart 1976, Spalte 494 ff., (zitiert:Krawietz, Interessenjurisprudenz)

K r i e l e , Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967

K r o p h o l l e r , Jan: Gleichberechtigung durch Richterrecht, Bielefeld 1975

K r ü g e r , Hildegard: Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf zur Familienrechtsreform, in: JZ 1952, S. 613

K r u m m e , Elisabeth: Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Strafe und sonstigen Unrechtsfolgen? in: DRiZ 1955, S. 208

K ü b l e r, Friedrich: Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung, in: Schriftenreihe der jur. Gesellschaft e.V., Berlin/New York 1971

-- Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, in: AcP 162, S. 104 (zitiert: Kübler, Richter)

-- Kodifikation und Demokratie, in: JZ 1969, S. 645 (zitiert: Kübler, Kodifizierung)

K ü s t e r , Otto: Das Gewaltenproblem im modernen Staat, in: AöR 75 (1949), S. 397

L a r e n z , Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1975

-- Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Prolem, in: NJW 1965, S. 1 (zitiert: Larenz, Rechtsfortbildung)

-- Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Huber, Göttingen 1973 (zitiert: Larenz, Bindung)

L a u t e r b a c h , W.: Die Pflicht des Ehemannes zum Vorschuß von Prozeßkosten, in: NJW 1953, S. 1538

L a u t m a n n , Rüdiger: Justiz - die stille Gewalt, Frankfurt 1972

L e e n e n , Detlef: "Typus und Rechtsfindung", Berlin, 1971 (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 26)

L e i s n e r , Walter: Die quantitative Gewaltenteilunf, in: DÖV 1969, S. 405

L e r c h e , Peter: Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl 1954, S. 626

L e s s , Günther: Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954

L o r e n z , Dieter: Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973

v. M a n g o l d t - K l e i n : Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin 1966

M a t t e r n : Ist die Durchführung des Art. 3 II GG nunmehr eine richterliche Aufgabe? in: DRiZ 1953, S. 119

M a u n z - D ü r i g - H e r z o g : Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., München 1973

M a u n z / S i e g l o c h / S c h m i d t - B l e i b t r e u / K l e i n : Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, Stand: Oktober 1972

M e n n i c k e n , Axel: Das Ziel der Gesetzesauslegung, Berlin 1970

M o e n c h , Dietmar: Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt 1971

M o h r b u t t e r : Folgen der Gleichberechtigung von Mann und Frau für das Güterrechtsregister, in: RPfleger 1953, S. 322

M o n t e s q u i e u , Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de: De l'esprit des lois, 1748

M ü h l h a u s , Hermann: Die Strafzumessung bei den unter Alkoholeinfluß begangenen Verkehrsdelikten, in: DAR 1965, S. 141

N a u c k e , Wolfgang: Urteils-Anmerkung zum Beschluß des AG Bremerhaven vom 28.11.1966, in: JZ 1967, S. 371

N e u f f e r : Der Gleichberechtigungsgrundsatz und die Namensführung der Ehefrau, in: StAZ 1953, S. 209

O b e r m a y e r , Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart 1956

P a l a n d t : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. und weitere Auflagen, München/ Berlin 1953 ff. (zitiert: Palandt-Bearbeiter)

P e t e r s , Hans: Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln 1954

P o d l e c h , Adalbert: Logische Anforderungen kybernetischer Systeme an ihre Anwendung auf Rechtssätze, in: BB 1968, S. 106

P u c h t a , G.F.: Cursus der Institutionen, 10. Aufl., Bd. I, Leipzig 1893

R a d b r u c h , Gustav: Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie und Recht, 12. Jhg. 1938, S. 46

-- Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Laun, Hamburg 1948, S. 157 (zitiert: Radbruch, Natur)

R a i s c h , Peter: Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: JZ 1965, S. 625

R e d e c k e r , Konrad: Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: NJW 1972, S. 409

R e i n i c k e , Dieter: Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung, in: NJW 1953, S. 681

R i c h t e r , Walther: Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsfindung, Berlin 1973

R i e b s c h l ä g e r , Klaus: Die Freirechtsbewegung, Berlin 1967

R o e l l e c k e / S t a r c k : Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34, S. 7 ff., 43 ff.

R o x i n / S t r e e / Z i p f / J u n g : Einführung in das neue Strafrecht, München 1974

R ü t h e r s , Bernd: Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968

S a r s t e d t , Werner: Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962

S c h e f f l e r , Erna: Der Familiennahme von Frau und Kind, in: MDR 1951, S. 136

-- Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, in: DRiZ 1953, S. 85 (zitiert: Scheffler, Auslegung)

S c h e u e r l e , Wilhelm: Finale Subsumtion, in: AcP 167 (1967), S. 305

S c h l o ß m a n n , Siegmund: Der Vertrag, 1876

S c h l ü t e r , Wilfried: Das Obiter Dictum, München 1973

S c h m i d t , Eberhard: Verhaftungsantrag, Rechtsmittelerklärungen und § 136 a StPO, in: JR 1962, S. 290

S c h m i d t , Carl: Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Dt. Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932 S. 572 ff.

-- Verfassungslehre, 3. Aufl., unveränderter Nachdruck, Berlin 1957 (zitiert: C. Schmidt, Verfassungslehre)

S c h n e i d e r , Egon: Über Gründe und Auswirkungen der Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: MDR 1971, S. 705

S c h n o r r , Gerhard: Die Rechtsidee im Grundsatz, in AöR 85 (1960), S. 121

S c h w a r z , Otto: Kommentar zur StPO, 18. Aufl., München 1955

S e i d e l , W.: Prozeßkostenvorschuß durch den Ehegatten auch nach dem 31. März 1953? in: JR 1953, S. 373

S e n d l e r , Horst: Die Konkretisierung einer modernen Eigentumsverfassung durch Richterspruch, in: DÖV 1971, S. 16

S t a m p e , Ernst, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, Greifswald 1907

S t o l d t : Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: SchlHA 1953, S. 89

S t r a t e n w e r t h , Günter: Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, in Schw ZStr. 79, S. 233

S t r u c k , Gerhard: Topische Jurisprudenz, Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Bd. 9, Frankfurt 1971

T e u b n e r , Günther: Standars und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971

T h i e l , Rudolf: Gedanken zur Methode der steuerlichen Rechtsfindung, in: StbJb 1963/64, S. 161

T s c h i s c h g a l e , Max: Die Prozeßkostenvorschußpflicht im Bundesgebiet und in Berlin im Zeichen der Gleichberechtigung, in: JR 1953, S. 243

U l e - R a s c h : Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Köln 1965

V i e h w e g , Theodor: Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl., München 1965

V o i g t , Liselotte: Entscheidungen gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, Göttingen 1967

W a s s e r m a n n , Rudolf: Zur Strafzumessung bei Alkoholdelikten im Straßenverkehr, in: JR 1966, S. 175

W e b e r , Marianne: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907

W e b e r , Werner: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl., Stuttgart 1958

W e r n e r , Fritz: Das Problem des Richterstaates, Berlin 1960

W i e a c k e r , Franz: Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, in: JZ 1957, S. 701

-- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967 (zitiert: Wieacker, Privatrechtsgeschichte)

W i e s e , Günther: Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964

W o l f f , Hans-J.: Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971

-- Verwaltungsrecht III, 3. Aufl., München 1973 (zitiert: Wolff, VR III)

W o l f f / B a c h o f : Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974

Z i p p e l i u s , Reinhold: Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962

-- Zum Problem der Rechtsfortbildung, in: NJW 1964, S. 1981 (zitiert: Zippelius, Rechtsfortbildung)

Ich wurde am 19.2.1946 als erstes Kind des Dipl.-Ing. Dr. Theo Schmidt und seiner Ehefrau Marlene, geb. Mandelarz, in Essen geboren.

Am 22.2.1965 bestand ich das Abitur am Städtischen Gymnasium Witten-Ruhr. Anschließend studierte ich in Berlin zwei Semester Volkswirtschaft und Rechtswissenschaften, ein Semester Rechtswissenschaften in Tübingen und Bochum und sieben Semester Rechtswissenschaften in Münster.

Ich bestand am 27.8.1971 das erste und am 9.12.1975 das zweite juristische Staatsexamen in Hamm bzw. in Düsseldorf.